

نظرية الالتزامات فى الشريعة الاسلامية

الجامعة المصرية — كلية الحقوق

النظرية العامة للالتزامات
في
الشريعة الإسلامية

الجزء الأول
طرفا الالتزام

وبه بيان المراجع ومقـــدمة فى طريقة البحث
وعرض عام لنظرية الالتزامات
فى الفقه الحنفى

« وانه ليستغفر لطالب العلم
من فى السموات ومن فى الأرض
حتى حيتان البحر وهوام البر »
حديث شريف

تأليف

شفيق شحاتة

دكتور فى القانون



مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر

إلى والدتي

أهدي كتابي هذا

المراجع

أولا – الشريعة الاسلامية

(ا) المصـــادر

---

(١) الفقه الحنفى

أبو حنيفة (متوفى سنة ١٥٠ هـ).

«المسند». وهو مجموعة أحاديث. وقد طعن فى صحة نسبة هذه المجموعة لأبى حنيفة. طبع مصر سنة ١٣٢٧ هـ والهند سنة ١٣٠٩ هـ.

أبو يوسف (متوفى سنة ١٨٣ هـ).

«الخراج». طبع مصر سنة ١٣٠٢ هـ. وما يتناوله هذا المؤلف من موضوعات القانون العام.

محمد بن الحسن الشيبانى (متوفى سنة ١٨٩ هـ).

«المبسوط». مخطوط رقم ٢٠٠ (فوله) بدار الكتب المصرية. وهذا المخطوط بحالة جيدة. وقد اكتفى بكلمة «محمد» للاشارة إلى هذا المرجع. وتوجد أجزاء أخرى من المبسوط وهى المخطوط ٣٣ فى مجلدين والمخطوط ٦٢٣ فى مجلدين والمخطوط ٣٤ فى مجلد واحد والمخطوطان ٣٨٢ و ٤٩١. وقد ذكر خطأ فى فهرست دار الكتب أن هذين المخطوطين الأخيرين هما نوادر محمد. ويوجد أيضاً بمكتبة الأزهر جزء من المبسوط وهو المخطوط ٤٢٨٠.

« الجامع الصغير » . طبع مصر سنة ١٣٠٢ هـ .

« الجامع الكبير » . مخطوط رقم ٧٤٠ بدار الكتب . وشرح لهذا الجامع الكبير عنوانه « التيسير » . مؤلفه مجهول مخطوط رقم ١١٢ بدار الكتب .

« المخارج فى الحيل » . طبع شخت ليبزج سنة ١٩٣٠م . وتوجد نسخة مطابقة بدار الكتب وهى المخطوط ٥٥٠ ألا أنها منسوبة لأبى يوسف .

« الحجج » . طبع الهند . وقد طعن فى صحة نسبة هذا المؤلف .

« الآثار » . مخطوط رقم ٤٣ بدار الكتب . وهو مجموعة أحاديث .

الخصاف (٢٦١ هـ) .

« الحيل والمخارج » . هانوفر سنة ١٩٢٣ م طبع شخت . وتوجد نسختان مخطوطتان بدار الكتب تحت رقمى ١٥٤ و١٠١٧ ونسخة ثالثة بمكتبة بلدية الاسكندرية تحت رقم ٣٦٣٩ . وعند ذكر كلمة « الخصاف » تكون النسخة المطبوعة هى المقصودة .

السمرقندى (سعيد بن على) ؟

« جنة الأحكام وجنة الخصام فى الحيل والمخارج » . مخطوط رقم ٣٤ بدار الكتب .

الطحاوى (٣٢١ هـ) .

« مختصر » . مخطوط رقم ٩٥٨ بمكتبة الأزهر .

« أذكار الحقوق والرهون » . وهو مأخوذ من الجامع الكبير فى الشروط . طبع شخت هيلدبرج سنة ١٩٢٧ م .

الكرخى (٣٤٠ هـ) .

« رسالة فى الأصول » . طبع مصر بدون تاريخ .

الجصاص (٣٧٠ هـ) .

« شرح الجامع الكبير » . مخطوط رقم ٧٤٥ بدار الكتب . فى مجلدين .
ويوجد جزء آخر منه فى مجلد وهو المخطوط ٧٤٦ بدار الكتب .

السمرقندى (أبو الليث) (٣٧٥ هـ) .

« النوازل » . مخطوط رقم ٥٦٥ بدار الكتب .

الحاكم الشهيد (حوالى ٤٠٠ هـ) .

« الكافى » . جزء مخطوط رقم ٤٠٠ بدار الكتب .

القدورى (٤٢٨ هـ) .

« مختصر » . طبع الاستانه سنة ١٣١٠ هـ .

السرخسى (أبو بكر) (٤٣٨ هـ) .

«المبسوط» . طبع مصر سنة ١٣٢٤هـ . ثلاثون جزءا فى عشر مجلدات . وهو مختصر للكافى (أنظر الحاكم الشهيد المذكور آنفاً) والكافى شرح لكتب محمد
«شرح الجامع الكبير» . مخطوط رقم ١٠٧ بدار الكتب . وهذا المخطوط هو جزء من المؤلف ومشكوك فى صحته .

السغدى (٤٦١ هـ) .

« النتف » . مخطوط رقم ٢٨٧ بدار الكتب . ونسب هذا المؤلف أيضاً للدمرداحى .

الصدر الشهيد (٥٣٦ هـ) .

« شرح النفقات للخصاف » . طبع حيدراباد سنة ١٣٤٩ هـ .

« شرح أدب القاضي للخصاف » . مخطوط رقم ٢١ بدار الكتب .

محمود بن احمد بن عبد العزيز الملقب ببرهان الدين (توفى حوالى سنة ٥٤٠ هـ)

« ذخيرة الفتاوى أو الذخيرة البرهانية » مخطوط رقم ١٩١ بدار الكتب فى خمسة مجلدات .

« المحيط » . مخطوط رقم ٤٨١ فى أربعة مجلدات مخطوط رقم ٤٨٢ فى مجلدين ومخطوط رقم ٧٧٤ فى خمسة مجلدات . وقد وجد نص هذا المحيط كنص محيط رضى الدين السرخسى . وسيشار فى الغالب إلى محيط هذا الأخير .

النسفى (نجم الدين أبو حفص عمر) (٥٣٧ هـ) .

« طلبة الطلبه فى اصطلاحات الحنفيه » . طبع سنة ١٣١١ هـ .

افتخار الدين طاهر بن احمد (٥٤٢ هـ) .

« الخلاصة » . مخطوط رقم ١٩٥ بدار الكتب . فى مجلدين .

رضى الدين السرخسى (٥٤٤ هـ) .

« المحيط » . مخطوط الأرقام ٣٨٤ و ٣٨١ و ٦١٣ و ٦١٤ و ٦١٥ بدار الكتب . وتوجد نسخة أخرى بمكتبة الأزهر وهى المخطوط ٣٢ فى ستة مجلدات .

الكرابيسى (٥٧٠ هـ) .

« الفروق » . مخطوط رقم ٢٩٢ بدار الكتب .

العتابى (٥٨٦ هـ) .

« جامع الفقه أو الفتاوى العتابية » . مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب .

« شرح الزيادات لمحمد » . مخطوط رقم ٢٦٤ بدار الكتب . وبواسطته يتوصل الى نص الزيادات .

الكاسانى (٥٨٧ هـ) .

« بدائع الصنائع » . مصر سنة ١٣٢٨ هـ . سبعة أجزاء فى ثلاثة مجلدات .

قاضى خان (٥٩٢ هـ) .

« فتاوى » . مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى الثلاثة مجلدات . الأولى . مصر سنة ١٣١٠ هـ .

« شرح الزيادات لمحمد » . مخطوط رقم ٣٨٠ بدار الكتب .

« شرح الجامع الصغير لمحمد » . جزء منه مخطوط رقم ٧٤٣ بدار الكتب فى مجلدين .

المرغينانى (٥٩٣ هـ) .

« الهداية » . مصر المطبعة الميمنية فى تسعة مجلدات وطبع بولاق فى ثمانية مجلدات سنة ١٣١٦ هـ . وسيشار فى الغالب لطبعة الميمنية .

برهان الشريعة المحبوبى (حوالى ٦٠٠ هـ) .

« الوقاية » . مخطوط رقم ٢ بمكتبة الأزهر .

عبد المطلب بن الفضل الهاشمى (٦١٦ هـ) .

« شرح الجامع الكبير لمحمد » . جزء منه مخطوط رقم ١٠٢ بدار الكتب

ظهير الدين ابو بكر (٦١٩ هـ) .

« الفتاوى الظهيرية » . مخطوط رقم ٣١٩ بدار الكتب فى مجلدين .

عالم بن علاء الغزى (؟) .

« الفتاوى التتارخانية » . مخطوط رقم ٨٥٢ بدار الكتب فى خمسة مجلدات

الحسين بن محمد السمعانى (؟) .

« خزانة المفتين » . مخطوط رقم ٤٣ بدار الكتب .

الحصيرى (٦٣٦ هـ) .

« التحرير فى شرح الجامع الكبير لمحمد » . مخطوط رقم ٩٧ بدار الكتب فى خمسة مجلدات والنسخة غير كاملة .

صدر الدين سليمان (٦٧٧ هـ) .

« الزيادات لمحمد » . مخطوط رقم ١٢٤٢ بدار الكتب .

النسفى (حافظ الدين) (٧١٠ هـ) .

« الوافى » . مخطوط رقم ٦٨ بمكتبة الأزهر .

« كنز الدقائق » . مطبوع على هامش ابن نجيم البحر فى ثمانية مجلدات . مصر سنة ١٣٣٤ هـ .

الزيلعى (٧٤٣ هـ) .

« تبيين الحقائق » . وهو شرح على كنز النسفى . مصر سنة ١٣١٤ هـ . فى ستة مجلدات .

الطرسوسى (٧٥٨ هـ) .

« أنفع الوسائل الى تحرير المسائل » . مصر سنة ١٣٤٤ هـ .

البابرتى (٧٨٦ هـ) .

« شرح العناية » . وهو شرح على هداية المرغينانى . مطبوع على هامش الهداية . مصر المطبعة الميمنية فى تسعة مجلدات .

الحدادى (٨٠٠ هـ) .

« الجوهرة النيرة » . وهو شرح على مختصر القدورى . الاستانة سنة ١٣٠١هـ فى مجلدين .

العينى (حوالى ٨١٨ هـ) .

« شرح على كنز النسفى » . مصر سنة ١٢٨٥هـ فى مجلدين .

ابن قاضى سماوه (٨٢٣هـ) .

« جامع الفصولين » . مصر سنة ١٣٠٠ هـ فى مجلدين . وسيشار أيضاً إلى طبعة بولاق .

إبن البزاز الكردرى (٨٢٧هـ) .

« الفتاوى البزازية » . مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى المجلدات ٤ و ٥ و ٦ . مصر سنة ١٣١٠هـ. الطبعة الثانية .

منلا خسرو (٨٥٥هـ) .

« درر الحكام فى شرح غرر الأحكام » . مصر سنة ١٣٠٤ هـ فى مجلدين .

منلا مسكين (حوالى ٨٥٠ هـ) .

« شرح على الكنز » . وهو مطبوع على هامش فتح الله المعين لابى السعود مصر فى ثلاثة مجلدات . بدون تاريخ .

إبن الهمام (٨٦١ هـ) .

« فتح القدير » . وهو شرح على هداية المرغينانى ومطبوع مع الهداية (المذكورة آنفاً) . وقد أتمه قاضى زاده (٩٨٨هـ) فى نتائج الأفكار، وهذه التتمة توجد بالمجلدات ٧ و ٨ و ٩ .

قاسم بن قطلوبغا (٨٧٩هـ) .

« موجبات الأحكام » . مخطوط رقم ١٧١٤ بدار الكتب .

إبن الشحنه (٩٢١ هـ) .

« الذخائر الاشرفية فى ألغاز الحنفية » . مخطوط رقم ١٧٣٨ بمكتبة بلدية الاسكندرية .

البرجندى (حوالى ٩٣٠ هـ) .

« شرح النقاية على الوقاية » . (أنظر المحبوبى المذكور آنفاً) مخطوط رقم ٩٩٠ بدار الكتب .

سعدى چلبى (٩٤٥ هـ) .

« حاشيه على العناية والهداية » . (أنظر آنفاً) مطبوعة على هامش الهداية .

إبراهيم الحلبى (٩٥٦ هـ) .

« ملتقى الأبحر » . الاستانة سنة ١٣١٩ هـ .

إبن نجيم المصرى (٩٧٠هـ) .

«الاشباه والنظائر» . مصر سنة ١٢٩٠هـ . فى مجلد واحد يحوى جزئين وملحقات

« البحر الرائق » . وهو شرح على الكنز (أنظر فيما سبق) . مصر سنة ١٣٣٤ هـ فى ثمانية مجلدات . والمجلد الثامن من وضع الطورى .

الحموى .

« غمز عيون البصائر » . شرح على اشباه ابن نجيم . مطبوع مع الأشباه (المذكورة آنفاً)

التاجى (من عصر السلطان سليم خان) .

« التحقيق الباهر » . وهو أيضاً شرح على أشباه ابن نجيم مخطوط رقم ١٩١٤ بمكتبة الرافعى بالأزهر فى خمسة مجلدات .

الغزى (٩٩٥ ؟ هـ) .

« تنوير الأبصار » . بهامش رد المحتار لابن عابدين . مصر سنة ١٢٦٠ هـ .

الخوارزمى .

« الكفاية » . وهو شرح على الهداية مطبوع مع الهداية بالمطبعة الميمنية (أنظر فيما سبق) ويقول ابن قطلوبغا أن واضع هذا الكتاب هو محمود بن عبدالله بن محمود تاج الشريعة من فقهاء القرن الثامن .

الشلبى (حوالى ١٠٠٠ هـ) .

« حاشية على التبيين للزيلعى » . (انظر فيما سبق) مصر سنة ١٣١٤ هـ فى ستة مجلدات

نشانجى زاده (١٠٣١ هـ) .

« نور العين فى اصلاح جامع الفصولين » . وهو مختصر لابن قاضى سماوه مع بعض التصحيحات . مخطوط رقم ٣٦٥ بمكتبة الازهر .

بعض علماء الهنود (حوالى ١٠٧٠ هـ) .

« الفتاوى الهندية أو العالمكيرية » . مصر سنة ١٣١٠ هـ . الطبعة الثانية . فى ستة مجلدات .

شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) .

« مجمع الأنهر » . شرح على ملتقى الأبحر (أنظر فيما سبق) . الاستانة سنة ١٣١٩ هـ .

الحصكفى (١٠٨٨ هـ) .

« الدر المختار » . طبع بهامش رد المحتار لابن عابدين . مصر سنة ١٢٦٠ هـ

محمد بن الحسين (شيخ الاسلام) (١٠٩٨ هـ) .

« الفتاوى الانقروية » . مصر سنة ١٢٨١ هـ . فى مجلدين .

الطحطاوى (؟) .

« حاشية » . على الدر للحصكفى (أنظر فيما سبق) . مصر سنة ١٢٨٢هـ . فى أربعة مجلدات . الطبعة الثالثة .

الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) .

« غنية ذوى الأحكام فى بغيــــة درر الأحكام » . وهى حاشية على منلا خسرو (أنظر فيما سبق) . مصر سنة ١٣٠٤ هـ . فى مجلدين .

أبو السعود (حوالى ١١٦٠ هـ) .

« فتح الله المعين » . وهو حاشية على منلا مسكين (أنظر فيما سبق) . مصر (؟) فى ثلاثة مجلدات .

ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) .

« رد المحتار » . وهو شرح على الدر المختار (أنظر فيما سبق) . الطبعة الثالثة . مصر سنة ١٢٩٩هـ .

« منحــة الخالق » . وهو شرح على البحر لابن نجيم (أنظر فيما سبق) . ومطبوع على هامش البحر بمصر سنة ١٣٣٤ هـ فى ثمانية مجلدات .

«مجموعة رسائل » . الأستانه (؟) سنة ١٣٢٥هـ .

السندى (١٢٥٧ هـ) .

« طوالع الأنوار » . وهو شرح على الدر المختـــار (أنظر فيما سبق) . المخطوط رقم ١٩٨٧ بمكتبة الرافعى بالأزهر . فى ستة عشر مجلداً .

محمد أبو الفتح (١٢٩٤ هـ) .

« اتحاف الأبصار والبصائر » . وهو تبويب لكتاب ابن نجيم فى الأشباه . الاسكندرية سنة ١٢٨٩ هـ .

محمد علاء الدين عابدين (١٣٠٦ هـ) .

« قرة عيون الأخبار » . تكملة لرد المحتار (أنظر فيما سبق) . مصر سـنة ١٢٩٩هـ . فى مجلدين .

علاء الدين الطرابلسى قاضى القدس .

« معين الحكام » . مصر سنة ١٣٠٠هـ . الطبعة الأولى .

البغدادى (؟) .

« مجمع الضمانات » . مصر سنة ١٣٠٨ هـ . وقدجمعت فيـه مسائل المسؤولية التعاقدية وغير التعاقدية .

الفقه العملى

(١) الشروط :

الـكاكلى .

«الأمثلة الشروطية فى تحرير الوثائق الشرعية» .مخطوط رقم ٣٨ وايضا رقم ١٧١٦ بدار الـكتب .

درويش محمد بن أفلاطون .

« الصكوك الشرعية » . مخطوط رقم ١٠٥٩ بدار الكتب

أحمد بن عبد الغفار (حوالى سنة ١٠٥٠ هـ) .

« صكوك شرعية » . مخطوط رقم ٦٨٩ تيمور بدار الكتب .

(ب) الفتاوى :

سراج الدين الهندى (٧٧٣هـ) .

« الفتاوى السراجيه » . مخطوط رقم ٣٧٥٥ بمكتبة بلدية الاسكندرية .

داود بن يوسف الخطيب .

« الفتاوى الغياثية » . مصر سنة ١٣٢٢هـ .

ابن نجيم (٩٧٠هـ) .

« الفتاوى الزينية » . بهامش الفتاوى الغياثية المذكورة .

الحانوتى المصرى (١٠١٠هـ) .

« الفتاوى الحانوتية » . مخطوط رقم ٢٩٤ بدار الكتب .

خير الدين الرملى (١٠٨١ هـ)

« الفتاوى الخيرية » . جزآن فى مجلد . مصر سنة ١٣٠٠ هـ . الطبعة الثانية .

قدرى أفندى (١١٠٧ هـ) .

« واقعات المفتين » . مصر سنة ١٣٠٠هـ . الطبعة الأولى .

أسعد المدنى (١١١٦ هـ).

« الفتاوى الأسعدية » المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٩هـ . فى مجلدين .

الكواكبى مفتى حلب (١١٣٧ هـ) .

« فتاوى » . مخطوط رقم ٣١٣٢ بمكتبة بلدية الاسكندرية .

عبد الله أسعد .

« عدة أرباب الفتوى » . مصر سنة ١٣٠٤ هـ .

ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) .

« العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية » . مصر سنة ١٣٠٠هـ . جزءآن فى مجلد واحد . الطبعة الثانية .

محمد العباسى مفتى الديار المصرية (١٣١٥ هـ) .

« الفتاوى المهدية » . مصر سنة ١٣٠١ هـ . فى سبعة مجلدات .

محمد كامل الطرابلسى مفتى طرابلس (١٣٢٠ هـ) .

« الفتاوى الكاملية فى الحوادث الطرابلسية » . مصر سنة ١٣١٣ هـ .

---

(٢) الفقه المالكى

مالك ابن أنس .

« المدونة الكبرى » . رواية سحنون . مصر سنة ١٣٢٣هـ . ستة عشر جزءاً فى ثمانية مجلدات . الطبعة الأولى .

محمد بن الحسن الشيبانى .

« الموطأ » . مطبعة اليوسفى سنة ١٣٣٢هـ . وهو رواية لمحمد عن مالك ويفيد فى تحديد العلاقات بين المذهب المالكى والمذهب الحنفى .

المهدى بن تومرت (٥٢٤ هـ) .

« موطأ » . وهو تلخيص لموطأ مالك . الجزائر سنة ١٣٢٣هـ . جزآن فى مجلد واحد .

ابن رشد قاضى قرطبة (٥٢٠ هـ) .

« المقدمات » . مصر سنة ١٣٢٥هـ . فى مجلدين .

القرافى (٦٨٤هـ) .

« الفروق » . مصر سنة ١٣٤٤هـ . أربعة أجزاء فى مجلدين .

ابن الشاط (٧٢٣هـ) .

« ادرار الشروق » . شرح على الفروق المذكور ومطبوع معه .

ابن جزىء (٧٤١هـ) .

« القوانين الفقهية » . تونس سنة ١٣٤٤هـ .

القفصى (٧٣٦هـ) .

« لباب اللباب » . تونس سنة ١٣٤٦هـ .

الشاطبى (٧٩٠هـ) .

« الموافقات » . تونس سنة ١٣٢٠هـ .

ابن عاصم (٨٢٩هـ) .

« التحفة » . مصر سنة ١٣٤٤هـ . فى مجلدين .

التاودى .

« شرح » . على التحفة المذكورة ومطبوع معها .

التسولى .

« البهجة » . شرح آخر مطبوع معها كذلك .

محمد بن فرحون .

« تبصرة الحكام » . مصر سنة ١٣٠٢هـ . فى مجلدين .

الكنانى .

« العقد » . بهامش التبصره المذكوره .

الدردير .

« الشرح الصغير » . مع حاشية الصاوى (انظر فيما يلى) . مصر سنه ١٣١٠هـ فى مجلدين .

« الشرح الكبير » . مع حاشية عرفه الدسوقى . مصر سنة ١٣٠٩هـ . فى اربعة مجلدات .

الصاوى .

« بلغة السالك » . حاشية على الشرح الصغير للدردير (انظر فيما سبق) .

عرفه الدسوقى .

« حاشية » . على الشرح الكبير للدردير (انظر فيما سبق) .

الزرقانى (محمد) .

« شرح » . على موطأ مالك . مصر سنة ١٣١٠هـ . فى أربعة مجلدات .

الزرقانى (عبد الباقى) .

«شرح» . على مختصر سيدى خليل . مصر سنة ١٣٠٧هـ . فى ثمانية مجلدات .

البنانى .

« حاشية » . على عبد الباقى الزرقانى المذكور ومطبوعة معه .

الخرشى (١١٠١ هـ) .

« شرح على مختصر خليل » . مصر سنة ١٣١٧ هـ . ثمانية أجزاء فى أربعة مجلدات . الطبعة الثانية .

على العدوى .

« حاشية » . على شرح الخرشى المذكور .

أحمد بن محمد الملاوى (حوالى ١٢٠٠ هـ) .

« تحفة القضاة ببعض مسائل الرعاة » . باريس سنة ١٩٠٩ م .

الوانشريسى .

« المعيار » . فاس سنة ١٣١٥ هـ . فى اثنى عشر مجلداً .

السجلماسى .

« النوازل » . فاس سنة ١٣١٨ هـ .

السجلماسى (عبد الله) (حوالى ١٢٠٠ هـ) .

« فتح الجليل أو العمليات العامة » . تونس سنة ١٢٩٠ هـ .

عليش (محمد) (١٢٩٠ هـ).

« فتح العلى المالك » . مصر سنة ١٣٠٠ هـ . فى مجلدين .

« شرح منح الجليـل » . وهو شرح على مختصر خليل . مصر سنة ١٢٩٤ هـ فى أربعة مجلدات .

---

(٣) الفقه الشافعى

الشـــافعى .

« الأم » . مصر سنة ١٣٢١هـ . سبعة اجزاء فى أربعة مجلدات . وقد طعن فى صحة نسبته للشافعى .

« مسند » . مصر سنة ١٣٢٧ هـ .

المزنى .

« مختصر » . بهامش الأم (انظر فيما سبق) .

الغزالى .

« الوجيز » . مصر سنة ١٣١٧هـ . فى مجلدين .

الشيرازى (٤٧٦ هـ) .

« المهذب » . مصر سنة ١٣٤٣هـ . جزآن فى مجلد واحد .

باعلوى (٥٤٢ هـ) .

« بغية المسترشدين » . مصر سنة ١٣٠٩ هـ .

« غاية تلخيص المراد » . بهامش البغية المذكورة .

البرزالى (٧٣٩ هـ) .

« معرفة الشروط المتداولة بين الناس » . مخطوط رقم ٤٧٥ تيمور بدار الكتب.

ابن حبيب الحلبي (٧٧٩ هـ) .

« كشف المروط عن محاسن الشروط » . مخطوط رقم ٦٩٩ تيمور بدار الكتب .

السيوطى (٩١١ هـ) .

« الأشباه والنظائر فى الفروع » . مكة سنة ١٣٣١ هـ .

ابن حجر (٩٧٤ هـ) .

« الفتاوى الكبرى » . مصر سنة ١٣٠٨ هـ . فى أربعة مجلدات .

« تحفة المحتاج » . شرح على المنهاج . مصر سنة ١٣٠٤ هـ . فى ثمانية مجلدات .

الرملى (١٠٠٤ هـ) .

« فتاوى » . بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر (أنظر فيما سبق) .

« نهاية المحتاج » . وهو شرح على المنهاج . مصر سنة ١٣٠٤ هـ . ثمانية أجزاء فى خمسة مجلدات .

الرشيدى .

« حاشية » . على نهاية المحتاج المذكوره ومطبوعة بهامشها .

مؤلف مجهول .

« حدود فقهية » . وهى عبارة عن مجموعة تعاريف مأخوذة عن الرملى شرح المنهاج . مخطوط رقم ٧٤٤ بمكتبة زكى باشا .

على باصبرى (١٢٦٠ هـ) .

« اثمد العينين » . بهامش كتاب باعلوى (انظر فيما سبق) .

عز الدين بن عبد السلام .

« قواعد الأحكام فى مصالح الانام » . مخطوط رقم ١ ش بدار الكتب .
وقد طبع حديثاً بمصر .

البرماوى .

« حاشية » . على شرح الغاية لابن قاسم الغزى وهذا الكتاب الأخير
شرح على أبى شجاع . مصر سنة ١٣١٩ هـ .

البجيرمى .

« التجريد » . مصر سنة١٣٠٩هـ . فى أربعة مجلدات . الطبعة الثالثة .

السقاف .

« ترشيح المستفيدين » . مصر سنة ١٣٣٠ هـ .

الشرقاوى .

« حاشية » . على التحرير للأنصارى . مصر سنة ١٣٠٥ هـ . فى مجلدين .

القزوينى .

« الحيل فى الفقه » . طبع شخت هانوفر سنة ١٩٢٤ م .

الغزالى .

« المستصفى » . فى الأصول . مصر سنة ١٣٢٢ هـ . فى مجلدين .

(٤) الفقه الحنبلي .

أحمد بن حنبل .

« مسند » . مصر سنة ١٣١٣ هـ . في ستة مجلدات .

ابن قدامه (٦٣٠ هـ) .

« المغني » . مصر سنة ١٣٤٧ هـ . في اثنى عشر مجلداً . الطبعة الثانية .

المقدسي (٦٨٢ هـ) .

« الشرح الكبير » . في اثنى عشر مجلداً . مطبوع مع المغني المذ ور .

ابن تيمية (٧٢٨ هـ) .

« فتاوى » . مصر سنة ١٣٢٨ هـ . في خمسة مجلدات .

« القياس » . مصر سنة ١٣٤٦ هـ .

« السياسة الشرعية » . مصر سنة ١٣٢٢ هـ .

ابن قيم الجوزيه (٧٥١ هـ) .

« اعلام الموقعين » . مصر سنة ١٣٢٥ هـ . في ثلاثة مجلدات . وتوجد أيضاً طبعة ثانية أربعة أجزاء في مجلدين .

« الطرق الحكمية في السياسة الشرعية » . مصر سنة ١٣١٧ هـ .

أبو عبد الله محمد (٧٦٣ هـ) .

« الفروع » . مصر سنة ١٣٣٩ هـ . في ثلاثة مجلدات .

ابن رجب (٧٩٥ هـ) .

« القواعد الفقهية » . مخطوط رقم ١١ بمكتبة الأزهر . وتوجد نسختان اخريان

بدار الكتب وهما المخطوطان ٧١١ و ٧١٢ أصول وصورة فتوغرافية لنسخة الأزهر . وقد تم أخيراً طبع هذا الكتاب بمصر .

منصور بن إدريس .

« كشاف القناع » . مصر سنة ١٣١٩ هـ . اربعة اجزاء فى ثلاثة مجلدات .

عبد القادر الشيبانى (حوالى سنة ١١٠٠ هـ) .

« نيل المآرب » . مصر سنة ١٢٨٨ هـ . جزآن فى مجلد واحد .

---

(٥) فقه الشيعة

(١) الشيعة الامامية :

العاملى (١٢٢٦ هـ) .

« مفتاح الكرامة » . مصر سنة ١٣٢٣—١٣٢٦ هـ . ولم يتم بعد طبع جميع الأجزاء .

أبو المعالى .

« رسائل » . سنة ١٣١٧ هـ .

أسد الله .

« مقابس الأنوار » . طبع الهند سنة ١٣٢٢ هـ .

النجفى .

« جواهر الكلام فى باب العقود » . طبع سنة ١٣٢٢ هـ .

الصيمرى .

« جواهر الكلمات فى العقود والايقاعات » . مخطوط رقم ٦ بمكتبة الأزهر .

(ب) الشيعة الزيدية :

أبو الحسين زيد بن على .

« مجموع الفقه » . طبع جريفينى . ميلانو سنة ١٩١٩ م .

عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ هـ) .

« المنتزع المختار » . مصر سنة ١٣٣٢ هـ . فى أربعة مجلدات .

---

(٦) فقه الاباضية

محمد أطفيش .

« شرح النيل وشفا العليل » . مصر سنة ١٣٤٣هـ . فى عشر مجلدات .

ضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) .

« النيل » . مع الشرح المذكور .

السالمى .

« جوهر النظام فى علمى الأديان والأحكام » . مصر سنة ١٣٤٤ هـ .

---

(٧) المذاهب المقارنة

الدبوسى (٤٣٠ هـ) .

« تأسيس النظر » . مصر (؟) .

ابن هبيره (٥٦٠ هـ) .

« الأفصاح » . حلب سنة ١٣٤٧ هـ . ان هذا الكتاب فى الفقه الحنبلى الا انه يعطى معلومات عن المذاهب الأربعة فى نفس الوقت .

الشعرانى (٩٧٣ هـ) .

« الميزان الكبرى » . مصر سنة ١٣١٧هـ . فى مجلدين . الطبعة الثانية .

الدمشقى .

« رحمة الامة » . بهامش الميزان الكبرى المذكوره .

الطبرى (٣١٠ هـ) .

« اختلاف الفقهاء » . طبع كرن مصر سنة ١٩٠٢ م وطبع شخت مصر سنة ١٩٣٣ م .

---

(٨) العلوم الاسلامية

(١) اصول الفقه :

السرخسى .

« أصول » . مخطوط رقم ٢٠ بدار الكتب .

البزدوى .

« أصول » . الاستانة سنة ١٣٠٧ هـ . أربعة اجزاء فى مجلدين .

عبد العزيز البخارى .

« كشف الاسرار » . وهو شرح على البزدوى المذكور ومطبوع بهامشه .

اما كتب الأصول فى غير المذهب الحنفى فقد ورد ذكرها مع كتب الفقه فيما سبق .

(ب) علم الفرائض :

العباسى (١٣٠٠ هـ) .

« الفرات الفائض » . مصر سنة ١٣٠٣ هـ .

(حـ) الحديث

البخارى .

« صحيح » . طبع مصر فى تسعة مجلدات .

القسطلانى .

« ارشاد » . مصر سنة ١٣٠٧هـ . فى عشر مجلدات .

المتقى الهندى .

« منتخب كنز العمال » . مصر سنة ١٣١٣ هـ . فى ستة مجلدات .

الصنعانى (١١٨٢هـ) .

« سبل السلام » . طبع مصر . أربعة اجزاء فى مجلدين .

الشوكانى (١٢٥٥ هـ).

« نيل الأوطار ». مصر ١٣٤٤ هـ. الطبعة الثانية .

(د) التفسير :

الالوسى .

« روح المعانى » . مصر سنة ١٣٠١ هـ . فى تسعة مجلدات .

الرازى .

« مفاتيح الغيب » . مصر سنة ١٣٠٨ هـ . فى ثمانية مجلدات .

(هـ) علم الكلام والمنطق :

ابن الحاج (٧٣٧ هـ) .

« المدخل » . مصر سنة ١٣٢٠ هـ .

أبو البقا .

« الكليات » . مصر سنة ١٢٨١ هـ .

« ضوابط الفقه » . مخطوط رقم ١٠٤٠ بدار الكتب .

على بن محمد الجرجانى .

« شرح المواقف » . للايجى . مصر سنة ١٢٦٦ هـ .

التفتازانى .

« شرح على متن مقاصد الطالبين » . الاستانة سنة ١٢٧٧ هـ .

أبو حنيفة .

« الفقه الأكبر فى التوحيد » . مصر سنة ١٣٢٤ هـ . الطبعة الثانية .

« وصية لابى يوسف » . مخطوط رقم ٦٨٤ بدار الكتب .

---

(٩) الطبقات — الفهارس

ابن النديم (٣٨٥ هـ) .

« فهرست » . مصر سنة ١٣٤٨ هـ .

ابن قطلوبغا (٨٧٩ هـ) .

« تاج التراجم فى طبقات الحنفية » . طبع فلوجل . ليبزج سنة ١٨٦٢م .

الفيروزابادى (٨١٧ هـ) .

« طبقات الحنفية » . مخطوط رقم ١٤١٧ تيمور بدار الكتب .

طاش كبرى زاده (٩٦٢ هـ) .

« مفتاح السعادة » . حيدر أباد سنة ١٣٢٩ هـ . فى مجلدين .

قنالى زاده .

« رسالة فى طبقات مسائل مذهب ابى حنيفه » . مخطوط رقم ١٤٦م بدار الكتب

التميمى (١٠٠٥ هـ) .

« الطبقات » . مخطوط رقم ٥٤٠ تيمور بدار الكتب . فى أربعة مجلدات .

ابن كمال باشا .

« طبقات الحنفية » . مخطوط رقم ١٥١٢ تيمور بدار الكتب .

اللكنوى الهندى (حوالى ١٣٠٠ هـ) .

« الفوائد البهية » . مصر ١٣٢٤ هـ .

ملا كاتب جلبى .

« كشف الظنون عن اسامى الكتب والفنون » . فى مجلدين . الاستانه سنة ١٣١١ هـ .

---

(١٠) فى التاريخ والقانون العام

ابن خلدون .

« المقدمة » . مصر سنة ١٣٢٢ هـ .

ابن قتيبة .

« عيون الأخبار » . مصر سنة ١٩٢٥ م .

البغدادى (٤٦٣ هـ) .

« تاريخ بغداد » . مصر سنة ١٣٤٩ هـ . فى أربعة عشر مجلداً .

الكندى .

« القضاة » . طبع جوتهيل . باريس سنة ١٩٠٨ م .

الماوردى .

« الأحكام السلطانية » . مصر سنة ١٢٩٨ هـ .

المقريزى .

« النقود الاسلامية » . الاستانة سنة ١٢٩٨ هـ .

القلقشندى .

« صبح الأعشى » . مصر سنة ١٩١٣ م . فى أربعة عشر مجلداً .



(ب) التآليف الحديثة



(١) التقنينات وشروحها

« المجلة العدلية » . الطبعة الثانية . الاستانة سنة ١٢٩٨ هـ .

نجيب بك هواوينى .

« المجلة أو جامع الأدلة » . لبنان سنة ١٩٠٥ م .

سليم بن رستم باز .

« شرح المجلة » . طبعة ثانية . بيروت سنة ١٨٩٨ م .

مسعود افندى ويوسف آصاف .

« مرآة المجلة » . مصر سنة ١٨٩٤م . فى مجلدين .

على حيدر .

«درر الحكام» . ترجمة فهمى الحسينى . غزة سنة١٢٥١هـ . فى اثنى عشر مجلداً .

المحاسنى

« شرح المجلة » . دمشق سنة ١٩٢٧ م .

الغزى .

« الأدلة » . دمشق سنة ١٩١٩ م .

السويدى .

« كتاب الشركة » . بغداد سنة ١٩٢٢ م .

« الوكالة » . بغداد سنة ١٩٢٣ م .

ميخائيل عيد البستانى .

« مرجع الطلاب » . بيروت سنة ١٩١٤ م .

محمد قدرى باشا .

« مرشد الحيران » . الطبعة الثانية سنة ١٨٩١م . و «مواد مكملة» طبعت فى سنة ١٩٠٩ م . والطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩ م بمصر .

محمد حافظ صبري .

« المقارنات والمقابلات » . يقارن فيه بين التشريعين الاسلامى والعبرى والقوانين الحديثة . مصر سنة ١٩٠٢ م .

سعيد عبد الغفار .

« أسرار المعاملات » . فى الشريعة والقوانين المصرية . مصر سنة ١٣٢٧ هـ فى مجلدين .

محمد زيد الابيانى بك ومحمد سلامه .

« شرح مرشد الحيران » . ظهر منه الجزء الأول فقط . مصر سنة ١٩٠٨ م

أبوالفتح بك .

« المعاملات » . مصر سنة ١٩٢٣ م . فى مجلدين . الطبعة الثانية .

« مختصر » . مصر سنة ١٩١٦ م .

أحمد ابراهيم بك .

« مذكرات فى المعاملات » . مصر سنة ١٩٠٩ م .

« طرق القضاء » . مصر سنة ١٣٤٧ هـ .

« أحكام الأحوال الشخصية » . الجزء الأول . مصر سنة ١٩٢٥ م . الطبعة الأولى .

محمد زيد الأبيانى بك .

« مباحث الوقف » . مصر سنة ١٩٢٤ م . الطبعة الثالثة .

«شرح الأحكام الشرعية» . مصر سنة ١٩٢٤م . فى ثلاثة مجلدات . الطبعة الرابعة .

« الولاية » . مذكرات دكتوراه لسنة ١٩٢٩ — ١٩٣٠ م .

« مختصر المرافعات الشرعية » . مصر سنة ١٩٢٥ م .

---

(٢) دراسات خاصة

أحمد عفيفى .

« المباحث الجليلة فى أحكام المدة الطويلة » . مصر سنة ١٣٠٧ هـ .

احمد ابراهيم بك

« تخالف القضاء والديانة » . منشور بمجلة كلية الحقوق السنة الثالثة العدد الأول ص ٤ — ١٠ . « مدى استعمال الحق » . بالمجلة المذكورة السنة الثانية العدد الثالث ص ٣—٩ . « فى الغبن » . السنة الثالثة العدد الثانى ص ١١٠ — ١١٧ . « تخصيص القضاء » . السنة الثانية العدد الثانى ص ٣—١١ . « الزواج المدنى » . السنة الثانية العدد الأول ص ٦ — ٩ . « عدم التقيد بمذهب معين » . السنة الأولى العدد الأول ص ١ — ٥ . « التزام التبرعات » مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية والسنة الثالثة . « العقود والشروط والخيارات » . مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس . وبوجه عام جميع مقالات الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك التى نشرت بالمجلة المذكورة .

(٣) مؤلفات حديثة أخرى

الخضرى .

« أصول الفقه » . مصر سنة ١٣٢٩ هـ .

أبو الفتح بك .

« المختارات الفتحية » . مصر سنة ١٩٢٤ م . الطبعة الرابعة .

محمد حسنين مخلوف .

« بلوغ السؤل فى مدخل علم الأصول » . مصر سنة ١٣٥٢هـ .

أحمد ابراهيم بك .

« مصادر الفقه » . مجلة القانون والاقتصاد . السنة الأولى العدد الثانى ص ١٨٥ — ٢١٣ .

الخضرى .

« تاريخ التشريع » . مصر سنة ١٩٢٦ م . الطبعة الثانية .

على بدوى .

« فى تاريخ الشرائع » . مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٢٣ — ٣٥٢ .

و« مكانة الشريعة » منشورة بالمجلة المذكورة السنة الأولى ص ٧٣١ — ٧٣٩ .

أجناز جولدزيهر .

« المبادىء التشريعية » . ترجمة حسين فؤاد . منشورة بمجلة كلية الحقوق

السنة الثانية ص ٩ — ١٤ ورد الأستاذ أحمد ابراهيم بك ص ١٤ — ٢١.

هـ . لامنس .

« الفقه الاسلامى » . مجلة المشرق السنة الحادية والثلاثون (١٩٣٣م) الأعداد ١ — ٥ . و « الحيل والمخارج » . بالمجلة المذكورة سنة ١٩٣١م ص ٦٤١ — ٦٤٦ .

« كتاب الفقه على المذاهب الأربعة » . العبادات مصر سنة ١٩٣١م .

على عبد الرازق .

« الاسلام وأصول الحكم » . مصر سنة ١٩٢٥ م . ورد هيئة كبار العلماء على هذا الكتاب .

محمد عبده .

« رسالة التوحيد » . الطبعة الأولى . مصر سنة ١٣١٥ هـ .

محمد صالح .

« الفكر الاقتصادى العربى » . مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٣٨٥ — ٤١٠ والسنة الثالثة العدد الثالث .

(ح) المؤلفات الغربية

(١) فى الاسلام : نظم وتاريخ

A. J. WENSINCK.
" The Muslim creed ". Cambridge, 1932.

H. LAMMENS S. J.
" L'Islam. Croyances et Institutions ". Beyrouth, 1926.

E. J. BOLUS.
" The influence of Islam ". London, 1932.

I. GOLDZIHER.
" Le dogme et la loi de l'Islam ". Trad. F. ARIN, Paris, 1920.

G. H. BOUSQUET.
" Observations générales sur l'Islam ". Rev. Algérienne, 48ème année, Janv.-Fév. 1932, pp. 20 - 29.

GAUDEFROY-DEMOMBYNES
" Les institutions musulmanes ". Nelle édit. Paris, 1931.

E. LEVY-PROVENÇAL.
" L'Espagne musulmane au Xe siècle ". Paris, 1932.

LOUIS HALPHEN.
" Des grandes invasions aux conquêtes turques du XIe siècle ". Paris, 1926.

CL. HUART.
" Histoire des Arabes ". Paris, 1912, 2 Vol.

ARMINJON P.
" L'enseignement, la doctrine et la vie dans les universités musulmanes d'Egypte ". Paris, 1907.

AHMAD IBRAHIM ET ALI BADAWI.
" Les relations ethnologiques et historiques des Religions et du Droit ". Revue Al-Qanun, IIème année, pp. 197-214.

" Encyclopédie de l'Islam ". Leyde.

(٢) عموميات عن الشريعة الإسلامية

ASAF A. A. FYZEE.
" An introduction to the study of Mahomedan Law ". Oxford, 1931.

M. MORAND.
" Introduction à l'étude du droit musulman algérien ". Alger, 1921.

C. SNOUCK-HURGRONJE.
" Le droit musulman ". Rev. d'Hist. des Religions. T. 37, No. 1, pp. 1-22 et No. 2, pp. 174-203.

E. LAMBERT.
" La fonction du droit civil comparé ", T. I, Paris, 1903.

SAVVAS PACHA.
" Etude sur la théorie du droit musulman ". T. I, Paris, 1892. T. II, 1898.

" Le droit musulman expliqué. Réponse à M. Goldziher ". Paris, 1896.

" Le tribunal musulman ". Paris, 1902.

MIRZA KAZEM BEG.
" Notice sur la marche et le progrès de la jurisprudence parmi les sectes orthodoxes musulmanes ". Journal Asiatique. T. XV Fév.-Mars 1850, pp. 158 - 214.

R. K. WILSON.

" An introduction to the study of Anglo-Muhammedan Law ". London, 1894.

ABDESSALAM BEN CHOAIB.

" L'esprit de la philosophie du droit musulman ". Tlemcen 1901.

RIAD GHALI.

" De la Tradition considérée comme source du droit musulman ". Paris, 1909.

E. PIOLA CASELLI.

" Notice bibliographique sur un ouvrage du Prof. Evaristo Carusi sur les rapports entre le droit romain et le droit musulman ". Rev. Egypte Contemporaine, No. 19, Mai 1914, pp. 439-442.

SANTILLANA.

" Law and Society ". *in* Th. Arnold and Alfred Guillaume (editors), " The Legacy of Islam ". Oxford, 1931.

L. MILLIOT.

" Le mouvement des études juridiques musulmanes en France ". Rev. Algérienne, 1922-1923, pp. 103-110.

" Marcel Morand ". Rev. Algérienne, 48ème année, 1932, pp. 1-19.

D. B. MACDONALD.

" Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional theory " New-York, 1926.

P. HUVELIN.

" Les travaux récents sur l'histoire de la lettre de change ". Annales de Droit Commercial, 1901, pp. 1-30.

O. PESLE.

" Le réalisme du droit musulman ". Rev. Algérienne, Oct. 1934.

(٣) فهارس

HUGUES.
" Dictionnary of Islam ". انظر تحت كلمة «Fiqh» قائمة بالكتب الفقهية

PFANMÜLLER.
" Handbuch der Islam-Literatur ". Berlin, 1923.

J. SCHACHT.
" Aus Orientalischen Bibliotheken ". III, Berlin, 1931.

BROCKELMANN.
" Arabische Grammatik ". Berlin, 1925.

J. HUGUET.
" Sur le kitab an-nil ". Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie. Paris, T. IV, 5ème série, pp. 381-391, année 1903.

EUGENIO GRIFFINI BEY.
" Catalogo dei libri a stampa ed elenco sommario dei mss. dal Dr. Griffini legati alla Biblioteca Ambrosiana ". composé par A. CORDOZZI. Milan, 1926.

DOZY.
" Catalogus Codicum Orientalium bibliothecae academiae Lugduno Batavíae ". Vol. IV, par LONG et DE GOEJE.

DE SLANE.
" Catalogue des Mss. Arabes de la Bibliothèque Nationale ". 3 fasc. Paris, 1883-1895.

CH. RIEU.
" Supplement to the catalogue of the Arabic Manuscripts in the British Museum ". London, 1894.

N AHLWARDT.
" Die Handschriften - Verzeichnisse der Königlichen Bibliothek

zu Berlin". VII Buch : Jurisprudenz.

E. VAN DYCK والبيلاوى .
« اكتفاء القنوع » . القاهرة سنة ١٨٩٦ م .

(٤) كتب فى الفقه الاسلامى

(ا) الفقه الحنفى :

SYED AMEER ALI.
" Mahommedan Law ". Calcutta, 1892, 2ème édit. 2 vol.

ABDUR-RAHMAN.
" Institutes of Mussalman Law. A treatise on Personal Law ". Calcutta, 1907. وهو ترجمة لكتاب « قدرى باشا » فى الأحوال الشخصية

M. DU CAURROY.
" Législation musulmane sunnite. Rite hanéfi ". Paris, 1848.

N. B. E. BAILLIE.
" A Digest of Moohummudan Law ". London, 1875, 2ème édit.

(ب) الفقه المالكى :

E. ZEYS.
" Traité élémentaire de droit musulman algérien ". Alger, 1885 2 vol.

F. H. RUXTON.
" Maliki Law ". London, 1916.

V. MEYSONNASSE.
" Code Civil Musulman ". Paris, 1898.

M. MORAND.
" Cours de droit musulman ". بالآلة الكاتبة

(حـ) الفقه الشافعى :

TH. W. JUYNBOLL.
" Manuale di diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita ". Milan. 1916.

(د) فقه الشيعة :

A. QUERRY.
" Droit musulman ". Paris, 1871, 2 vol.

N. B. E. BAILLIE.
" A digest of Moohummudan Law ". Part II containing the doctrines of the Imamea Code. London, 1887.

N. DE TORNAUW.
" Le droit mnsulman exposé d'après les sources ". Trad. ESCHBACH. Paris, 1860.

(هـ) فقه المذاهب المختلفة معاً :

ABDUR-RAHIM.
" I principi della giurisprudenza musulmana secondo le scuole hanafita, malekita, sciafeita e hanbalita ". Trad. GUIDO CIMINO, Roma, 1922.

L. W. C. VAN DEN BERG.
" Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafii ". Trad. FRANCE DE TERSANT et M. D'AMIENS. Alger, 1896.

D. SANTILLANA.
" Istituzioni di diritto musulmano Malichita con riguardo anche al sistema Sciafiita ". Vol. I, Rome, 1926.

SEYMOUR VESEY-FITZGERALD.
" Muhammadan Law. An abridgement according to its various schools ". Oxford, 1931.

STANDISH GROVE GRADY.
" A manual of the Mahommedan Law of inheritance and contract, containing the doctrines of the soonee and sheea schools ". London, 1869.

CH. GILLOTTE.
" Traité de droit musulman ". Constantine, 1860, 2ème édit. وهو فى المذهبين المالكى والحنفى

(و) كتب غير معينة المذهب :

A. SABATERY.
" Eléments de droit musulman ". Alger, 1867.

LORENZO BLASI.
" Istituzioni di Diritto Musulmano ". Città di Castello, 1914.

L. LANGLARD.
" Leçons de droit musulman ". Pondichéry, 1887.

V. SADAGOPAH CHARLOO.
" A Manual of Mohamadan Civil Law ". Madras. 1861, 2ème édit.

W. H. MACNAGHTEN.
" Principles of Hindu and Mohammadan Law ". London. 1885, 9ème édit.

R. K. WILSON.
" A digest of Anglo-Muhammadan Law ". London, 1895.

J. PHARAON ET T. DULAU.
" Droit Musulman ". Paris, 1839.

(٥) فى تطبيق الشريعة الإسلامية

L. J. BRESNIER.
" Chrestomathie arabe ". Alger, 1871, 2ème édit.

G. MARCY.
" Des obligations en droit coutumier zemmour ". Rev. Algérienne, 48ème année, 1932, pp. 141-158 et Nos. suivants.

P. ANTONIN JAUSSEN.
" Coutumes des Arabes au pays de Moab ". Paris, 1908.

SALZE (?).
" Variétés: Jurisprudence, coutumes et usages des Egyptiens modernes ". *in* Courrier de l'Egypte وهى الجريدة التى أصدرتها حملة بونابرت 30 Floréal, IXème année de la République. Nos 114, 115, 116. A la Citadelle du Kaire, de l'Imprimerie Nationale.

" Description de l'Egypte ". Par un groupe de savants français. وضعها العلماء الذين صحبوا حملة بونابرت .

L. MILLIOT.
" Recueil de Jurisprudence chérifienne ". Paris, 1920 - 1924, 3 vol.

CH. CARDAHI.
" Le droit des pays sous mandat français en Orient ". Bulletin de la Soc. de Lég. Comp. 1925, Nos 7-8-9, pp. 263-285.

E. CLAVEL.
" Revue Internationale de législation et de jurisprudence musulmane ". lère année, Paris, 1895 - 1896. وقد انقطع صدورها بعد السنة الأولى .

(٦) الاوراق البردية العربية

ADOLF GROHMANN.

" Arabic Papyri in the Egyptian Library. Protocols and legal texts ". 3 vol. Cairo, 1932. وهي نسخة مأخوذة بالفتوغرافيا وموجودة بدار الكتب .

" Aperçu de papyrologie arabe ". *in* Etudes de papyrologie. Bulletin de la Société Royale Egyptienne de Papyrologie. T. I, Le Caire, 1932, pp. 23 - 95.

" Arabische Urkunden aus den Koeniglichen Museen zu Berlin ".

P. CASANOVA.

" Note sur les papyrus arabes du Musée Egyptien ". Annales du Service des Antiquités de l'Egypte. T. IX, Le Caire, 1908, 3ème fas. 193 - 203.

(٧) تقنينات

M. MORAND.

" Avant-projet de Code présenté à la Commission de Codification du Droit Musulman algérien ". Alger, 1916.

" Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc ". T. I, Paris, 1914.

(٨) دراسات خاصة فى الشريعة الاسلامية

M. MORAND.

" Etudes de droit musulman algérien ". Alger, 1910.

" Etudes de droit musulman et de droit coutumier berbère ". Alger, 1931.

SIM. TOLEDO.
" Analyse de la théorie des contrats et obligations en Droit civil ottoman ". Thèse, Paris, 1915.

G. G. C. VAN DEN BERG.
" Diritto Musulmano. De Contratti « do ut des » ". Trad. GATTESCHI. Alexandrie, 1877.

M. MORAND.
" De quelques particularités du droit musulman des obligations ". Bulletin de la Soc. Lég. Comp. 1929, Nos 4-5-6 pp. 360 - 378.

A. CHERON ET M. SADEK FAHMY BEY.
" Le transport de dette dans les législations européennes et en droit musulman ". Egypte Contemporaine, T. XXII, pp. 37-66 et 137-190. Le Caire, 1931.

CH. CARDAHI.
" Le projet de code des obligations du Liban (ses attaches avec le passé . . .)". Bulletin de la Soc. Lég. Comp. 60ème année, 1931, pp. 611-684.

BENALI FEKAR.
" L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques ". Paris, 1908.

Z. A. RIFAÏ.
" Le consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite". Thèse, Nancy, 1933.

O. PESLE.
" Le contrat de Safqa au Maroc ". Rabat, 1932.

E. TYAN.
" Le système de la responsabilité délictuelle en droit musulman ". Thèse, Lyon, 1926.

M. Fathy.

" La doctrine musulmane de l'abus des droits ". Paris, 1913.

F. M. Goadby.

" Notes on the Law of Delicts in the Mejelle ". Egypte Contemporaine, 1924, Nos 81-82, pp. 493-509.

Abdel Hamid Moustapha Bey.

" De la faute objective comme fondement de la responsabilité civile et de sa preuve ". Egypte Contemporaine, 1913, No. 16 pp. 535 - 560.

Abdel Hamid Badawi Bey.

" Du principe qu'en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes ". Egypte Contemporaine, 1914, No. 17, pp. 14-51.

Ch. Cardahi.

" La copropriété ". Revue Critique de Législation et de Jurisp. T. 50e, 1930, pp. 304-359 ; " Théorie générale des actions en droit musulman ". Bull. de Lég. Comp. 1929, pp. 379-399 ; " Les sûretés réelles et la vente forcée ". Bull. Lég. Comp. 1929 pp. 563-594 ; " La possession en droit ottoman ". Rev. Crit. 1926, pp. 201-238 ; " Le droit civil des pays sous mandat français. . . dans ses rapports avec la législation religieuse ". Revue de Droit International Privé, 1933, pp. 443-463.

F. Marneur.

" Essai d'une théorie de la preuve en droit musulman ". Paris, 1910.

" La Chefa ". Paris, 1910.

Mohamed Abdel Gawad.

" L'éxécution testamentaire en droit musulman ". Paris, 1926.

Mohamed Sadek Fahmy.

" Traité théorique et pratique des preuves en Droit civil comparé ". Paris, 1924.

N. P. AGHNIDES.
" Mohammedan Theories of Finance with an introduction to Mohammedan law and a Bibliography ". New-York, 1916.

W. HEFFENING.
" Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch — fränkischen Staatsverträgen ". Hanovre, 1925.

C. A. NALLINO.
" Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita ". Extr. Rev. Oriente Moderno, Rome, 1927.

Y. L. DE BELLEFONDS.
" Des donations en droit musulman ". Le Caire, 1935.

(٩) تراجم

(ا) مؤلفات حنفية :

IWAN DIMITROFF.
" Al-Gami as-saghir. ABU ABDALLAH MUHAMMAD IBN AL-HASAN ASCH-SHAIBANI und sein corpus juris « al gami as-sagir » ". Berlin, 1908.

CH. HAMILTON.
" The Hedaya or Guide ". London, 1791, 2 vol.

H. SAUVAIRE.
" Le Moultaqa El Abheur, avec commentaire abrégé du Madjma el anheur ". Marseille, 1882.

G. YOUNG.
" Corps de droit Ottoman ". Oxford, 1905, 7 vol. وجاءت ترجمة المجلة فى المجلد السادس .

ARISTARCHI BEY.
" Législation Ottomane ". Constantinople, 1873, 6 vol. بالمجلد السادس ترجمة ناقصة للمجلة .

ABDUL AZIZ KAHIL BEY.
" Statut Réel de MOHAMMAD KADRI PACHA ". Le Caire, 1893.

(ب) مؤلفات مالكية :

HOUDAS ET MARTEL.
" La Tohfat d'EBN ACEM ". Alger, 1882.

MERAD BEN ALI OULD ABDEL KADER.
" La lamia ou Zaqqaqia du jurisconsulte marocain ZAQQAQ ". Revue Alg. 1925 et 1926.

PERRON.
" Précis de Jurisprudence musulmane suivant le rite malékite ". Paris, 1854, 6 vol. et une table.

N. SEIGNETTE.
" Code Musulman par KHALIL ". Nouvelle édition, Paris, 1911.

FRANCIS GUAY.
" Formulaire des actes juridiques de SIDI MOHAMMED BEN AHMED BEN HAMDOUN dit « FERAOUN » ". Rev. Alg. 1932 et 1933.

D. SANTILLANA.
" Il Muhtasar o sommario del diritto malechita di HALIL IBN ISHAQ ". Vol. II. Diritto civile. Milan, 1919.

(ح) مؤلفات شافعية :

L. W. C. VAN DEN BERG.
" Minhadj at-talibin. Le guide des zélés croyants ". Batavia, 1882, 3 vol.

S. KEIJZER.

" Précis de jurisprudence musulmane selon le rite chaféite par ABOU CHODJA. " Leyde, 1859.

E. SACHAU.

" Muhammedanisches Recht Nach Schafiitischer Lehr. Arabischer Texte des ABU-SUGA ". Berlin, 1897.

JUYNBOLL.

" Jus Shafiiticum. At-tanbih, auctore ABU ISHAK AS-SHIRAZI ". Lugduni Batavorum, 1879.

(د) فى الخلافيات ، والحديث ، والقانون العام :

PERRON.

" EL CHARANI. Balance de la Loi musulmane ". Alger, 1898.

F. PELTIER.

" Le livre des ventes du Çahih d'EL BOKHARI ". Alger, 1910.

" Le livre des testaments du Çahih d'EL BOKHARI ". Alger, 1909.

LE CTE LEON OSTROROG.

" El Ahkam as-Sultaniya d'ABOUL HASAN ALI IBN MOHAMMAD AL MAWARDI ". Paris, 1900, 2 vol.

E. FAGNAN.

" Les Statuts gouvernementaux d'ABUL HASAN ALI MAWERDI ". Alger, 1915.

ثانيا ـ القانون المقارن

(١) قوانين العصور التي سبقت الإسلام

والعصور التي تلته في البلاد الشرقية

E. REVILLOUT.
" La créance et le droit commercial dans l'antiquité ". Paris, 1897.

DR. ISRAEL-MICHEL RABBINOWICZ.
" Législation civile du Thalmud ". Paris, 1880, 5 vol.

" Code Rabbinique EBEN HAEZER ". Trad. E. SAUTAYRA ET M. CHARLEVILLE, avec des notes comparatives de droit musulman. Alger, 1868-1869, 2 vol.

H. R. HALL.
" Two coptic acknowledgments of loans ". *in* Proceedings of the Society of Biblical Archeology, 1911, pp. 254-258, London, 1911.

KABIS.
" Communication sur quelques papyrus coptes du Musée de Boulaq ". Bull. de l'Institut Egyptien. Deux. série, 1880, No.1 pp. 24-35.

GRUNFELL AND HUNT.
" The Oxyrhynchus Papiri ".

E. BRECCIA.
" Causerie papyrologique ". Bull. de la Soc. Arch. Alex. No.9 Nouvelle série. T. II. Premier fas. pp. 203-223, 1907.

C. A. NALLINO.
" Il diritto musulmano nel nomo-canone siriaco cristiano di Barhebreo ". Extr. Rivista degli Studi Orientali di Roma. Vol. IX, pp. 512-580.

A. ESMEIN.
" Mélanges d'Histoire du Droit et de Critique ". Paris, 1886.

B. R. SANGUINETTI.
" Ahkam al-'atiqa ou les Préceptes de l'Ancien Testament ". Paris, 1860.

ابن العسال (حوالى سنة ١٢٠٠ م) .
« المجموع الصفوى » . مصر سنة ١٦٢٤ م . الطبعة الأولى .

J. TIXERONT.
" Précis de patrologie ". Paris, 1927.

IBRAHIM AOUAD.
" Le Droit privé des Maronites au Temps des Emirs Chihab. (1697-1841)". Thèse, Lyon, 1933.

(٢) القوانين الغربية

(ا) القانون الرومانى :

P. F. GIRARD.
" Manuel élémentaire de droit romain ". Paris, 1911, 5ème édit

F. SAVIGNY.
" Le droit des obligations ". Trad. C. GERARDIN et P. JOZON. Paris, 1873, 2ème édit. 2 vol.

R. IHERING.

" L'esprit du droit romain ". Trad. MEULENAERE. Paris, 1877.

" Etudes complémentaires ". Paris, 1902.

P. COLLINET.

" Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouth ". Paris, 1925.

VINCENZO ARANGIO-RUIZ.

" Rome et Beyrouth dans la théorie de la responsabilité contractuelle ". L'Egypte Judiciaire, 1re année, No. 20.

GERARDIN.

" Etude sur la solidarité ". Nlle Rev. Hist. 8ème année, 1884, pp. 237-266.

HAURIOU.

" Origine de la corréalité ". Nlle Rev. Hist. 1882, pp. 219-240.

W. W. BUCKLAND.

" Les limites de l'obligation du *fideiussor* ". Rev. Hist. 1933, pp. 116-129.

E. CUQ.

" Cautionnement mutuel et solidarité ". *in* Mélanges Cornil. T. I, pp. 155-180. Gand et Paris, 1926.

(ب) القانون الفرنسي :

ESMEIN.

" Etude sur les contrats dans le très ancien droit français ". Nlle Rev. Hist. 1882, pp. 35-75.

POTHIER.

" Traités sur différentes matières de droit civil ". Paris, 1781, 2ème édit.

ESMEIN.
" Cours élémentaire d'Histoire du Droit Français ". Paris, 1910, 10e édit, 2 vol.

H. CAPITANT.
" Introduction à l'étude du droit civil ". Paris, 1904, 2ème édit.

COLIN ET CAPITANT.
" Cours élémentaire de droit civil français ". 5ème édit. Paris, 1929.

C. DEMOLOMBE.
" Cours de Code Napoléon ". XXVI. Paris, 1870.

M. L. LAROMBIERE.
" Théorie et pratique des obligations ". Nlle édit. Paris, 1885.

AUBRY ET RAU.
" Cours de droit civil français ". 12 vol. 5ème édit. Paris, T. II, 1897; T. IV, 1902.

BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE.
" Traité théorique et pratique de droit civil ". (29 vol). Des obligations (4 vol. XII-XV), 3ème édit. Paris, 1906.

BONNECASE.
" Supplément au Traité de BAUDRY ". 5 vol. parus, Paris, 1930.

PLANIOL ET RIPERT.
" Traité pratique de Droit civil français ". T. VI, VII : Obligations. Paris, 1930-1931.

JOSSERAND.
" Cours de droit civil positif français ". 2ème édit. Paris, 1932-1933.

R. DEMOGUE.
" Traité des obligations en général ". 7 vol. parus, Paris, 1923-1933.

C. Bufnoir.
" Propriété et contrat ". Paris, 1924, 2ème édit.

R. Saleilles.
" De la déclaration de volonté ". Nouveau tirage, Paris, 1929.

J. Maury.
" Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français ". Paris, 1920, 2 vol.

R. Demogue.
" Les notions fondamentales du droit privé ". Paris, 1911.
" De la classification des sources des obligations ". Est. dal vol. 1 degli Scritti in onore di G. R. Chironi, 1920.

L. Mazeaud.
" Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels ". Rev. Crit. 1930, pp. 141-176.

Lyon-Caen et Renault.
" Manuel de droit commercial ". Paris, 1924, 14e édit.

(ح) القانون المصرى الحديث :

E. De Hults.
" Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien ". Chambéry, 1911, 4 vol.

احمد فتحى زغلول .
« شرح القانون المدنى » . القاهرة سنة ١٩١٣ م .

محمد حلمى عيسى باشا .
« شرح البيع فى القوانين المصرية والفرنسية وفى الشريعة الاسلامية » . القاهرة سنة ١٩١٦ م .

احمد نجيب الهلالى بك .

« شرح القانون المدنى فى العقود . الجزء الأول : فى البيع والحوالة والمقايضة ». القاهرة سنة ١٩٢٥ م .

محمد كامل مرسى بك .

« التأمينات الشخصية والعينية » . القاهرة سنة ١٩٢٧ م .

« الملكية والحقوق العينية » . الطبعة الثانية . القاهرة سنة ١٩٢٨ م .

عبد الرزاق احمد السنهورى .

« النظرية العامة للالتزامات . الجزء الأول : نظرية العقد » . القاهرة سنة ١٩٣٤ م .

محمد صادق فهمى بك .

« مذكرات فى نظرية الالتزامات » .

عبد السلام ذهنى بك .

« فى الالتزامات : النظرية العامة » . القاهرة .

محمد صالح .

« أصول التعهدات » . الطبعة الثالثة . القاهرة سنة ١٩٣١ م .

(د) قوانين غربية أخرى :

R. Saleilles.

" Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand ". 3ème édit. Nouveau tirage, Paris, 1925.

BUFNOIR et autres.
" Code Civil Allemand avec annotations ". Paris, 1904.

H. LEVY-ULLMANN.
" Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II Le système juridique de l'Angleterre. T. I. Le système traditionnel ". Paris, 1928.

G. C. CHESHIRE et autres.
" Commentaire de STEPHEN sur le Droit de l'Angleterre. T. III, Le droit des contrats et des *torts* ". Trad. Mlle Mitchell. Paris, 1931.

H. LEVY-ULLMANN.
" Etude du projet franco-italien du code des obligations ". Cours de doctorat. Paris, 1925-1926.

ELIACHEVITCH et autres.
" Traité de droit civil et commercial des Soviets. T. II. Les obligations, les sociétés ". Paris, 1930.

(هـ) فلسفة القانون :

A. MENARD.
" Essai d'une critique objective de la technique juridique en matière d'obligation ". Paris, 1926.

F. CARNELUTTI.
" Obbligo del debitore e diritto del creditore ". Milan, 1927. Ext. de la Rivista del diritto commerciale.

M. CHAUVEAU.
" Classification nouvelle des droits réels et personnels ". Rev. Crit. 1931, pp. 539-570.

G. RIPERT.
" Abus ou relativité des droits ". Ext. Rev. Crit. Paris, 1929.

F. Geny.
" Science et technique en droit privé positif ". Paris, 1914.

G. Davy.
" Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen ". Archives de Philosophie du Droit, 1933, Cahiers 1-2, pp. 7-36.

Berthelemy et autres.
" Les méthodes juridiques ". Paris, 1911.

G. Tarde.
" Les transformations du droit ". Paris, 1922, 8ème édit.

Beudant et autres.
" L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles ". Paris, 1914.

O. Ionescu.
" La notion de droit subjectif dans le droit privé ". Thèse, Paris, 1931.

P. Reboud.
" Précis d'économie politique ". Paris, 1927, 2ème édit.

مقدمة عامة

١ — إن صرح القانون مشيد على فكرة الالتزام. وقد ارتدت هذه الفكرة فى القانون الخاص، رداء خاصاً، حيث ظهرت فى صورة الحق الشخصى، المقابل للحق العينى. ثم هى فيه، تخضع لقواعد عامة، تحكم مختلف المسائل التى تعرض للالتزام. وقد استخلص هذه القواعد فقهاء الرومان، ونقلت عنهم فى القوانين المستمدة من التشريع الرومانى. وجمعت هذه القواعد، النظرية المعروفة بالنظرية العامة للالتزامات، وهى نظرية أجمعت الآراء، على أنها من خير ما أنتجت قريحة الرومان القانونية.

٢ — أما فى الشريعة الاسلامية، فقد وجه الفقهاء جهودهم نحو الحلول الفرعية، ولم يحاولوا وضع قواعد عامة، تحكم الالتزام فى مصادره، وفى آثاره، وفى طرق انقضائه. على أن بالشريعة الاسلامية كنوزاً من الأفكار والآراء والتصويرات القانونية، فاذا نحن أردنا الانتفاع بها، يتحتم علينا أولا الوصول إلى القواعد العامة التى تحكمها جميعاً، اذ لا يقوم العلم إلا على أساس من القواعد العامة.

٣ — ثم إن الفقه الاسلامى، قام وترعرع فى مدى أجيال عديدة، وساد فى مختلف الأقطار التى جمعتها المدنية العربية، تلك المدنية التى تركت آثاراً خالدة فى جميع مناحى العلوم والفنون. فليس من الغريب إذاً أن يكون أثرها كذلك فى ناحية التفكير القانونى. وفى الواقع قد ظهر هذا

التفكير فى صورة من أبهى صوره ، ولا تزال آثار هذا التفكير من أنفس ما يدخر الشرق من التراث العلمى .

٤ — فمن العقوق إذاً أن يهمل هذا التراث ، ومن العناية به أن يعمد إلى التأليف بين فروعه . ففى جميع الأمم وفى مختلف العلوم عمد العلماء إلى التركيب بعد التحليل . وقد قام الفقهاء بقسطهم الوافر من التحليل ، فيتعين إذاً البدء من حيث انتهوا ، وبهذا العمل نكون قد وصلنا ما كان قد انقطع . فعسى أن يكون الاهتمام بالآثار القانونيـة لفقهاء المسلمين على هذا الوجه ، فاتحة عصر إحياء لتشريع ، لا يمكن أن يكون غيره ، ملائمـاً مثله ، فى بلاد كانت مهداً له ومرتعاً .

٥ — وإن فى هذا العمل تحقيقاً كذلك لغرض من أغراض التشريع المقارن ، وقد أعلن المؤتمر الدولى المنعقد بلاهاى فى سنة ١٩٣٢ ، ما يعلقه من الأهمية على التشريع الاسلامى ، كمصدر من مصادر التشريع المقارن .

---

§ ١ – طريقة البحث

(١) الطريقة الموضوعية

٦ – لا يخفى أن القيام بهذا العمل يقتضى من الباحث اعتماد خطة معينة، فقد لوحظ أن الخطة التى أتبعت للآن، لم تكن مما ترتضيه دائما القواعد العلمية.

فانا نجد من جهة، أن من تصدى من العلماء الغربيين لمعالجة هذه المسائل، لم يصل ابداً الى تفهم روح النصوص، وهم فى الغالب، يجهلون ايضاً اللغة التى وردت بها هذه النصوص. اما المستشرقون، فلا نجد بينهم القانونى الفقيه، الذى سرعان ما يلحظ، ما للنص من خطر.

ومن جهة أخرى، نرى المؤلفين الشرقيين تنقصهم الروح العلمية. ومؤلف (ساقاس باشا) على شهرته، مثل ناطق لهذا النقص.

وكذلك الأمر فى الرسائل والمؤلفات، التى حاول فيها مؤلفوها، التقريب بين الفقه الأسلامى، وآخر ما وصلت اليه اتجاهات المحاكم فى عصورنا هذه، فما كان من تأثير حماسهم الصبيانى الا مسخ الشريعة الاسلامية.

فمن المتعين إذا أن نضع فى مواجهة هؤلاء وهؤلاء، الطريقة التى نرى وجوب اتباعها، وقد سميناها الطريقة الموضوعية التاريخية، لأنها تتناول مواضيع البحث وتقررها كما وردت فى النصوص، مراعية فى ذلك منتهى الأمانة، ثم هى تتتبع هذه النصوص على مدى الأجيال، لتتلمس تطورها

التاريخي . فهى قائمة على فكرة أساسية ، ألا وهى ، أن التشريع كائن حى ، وليد الهيئة الاجتماعية ، ينمو بها ولها ، ويتطور معها ، ويجمد عند جمودها .

٧ — وهذه الطريقة تعمد لذلك ، الى المسائل . فقد رأينا أن التشريع الاسلامى لم يهتم إلا بالمسائل ، فاذا أردنا تفهمه على حقيقته ، وجب أن نتقصى المسائل ، ونستوعب ماورد عليها من الحلول . فتكون هى الحجارة التى بها يتم بناء هيكل النظريات ، بصرف النظر عما حشر فى الكتب حشراً ، لتفسير هذه الحلول ، إذا كانت هذه التفسيرات لا تتفق والواقع .

٨ — فمن يتصفح كتب الفقه ، يتبين أن التفسير الذى يرد على الحلول ، لا يكون صادراً دائماً عن مبادىء عامة ، متمشية فى جميع أجزاء الجسم الواحد ، بل هو يرمى إلى تبرير الحل ، الذى ورد بشأنه فقط ، تبريراً يستند سواء إلى فكرة مقبولة عقلا ، أو إلى أن حلولا مشابهة قد جاءت فى مناسبات أخرى .

ولكن هذا التبرير المباشر ، لا يمكن اعتباره كافياً ، إذ قد تكون هناك مسائل أخرى مماثلة أيضاً ، ولم تحل على نفس الشكل . فالتفسير الصحيح يكون بايراد التعليل الذى ينطبق على أكثر المسائل المتشابهة ، مع ذكر مادعا إلى الأخذ بغير ما يقضى به فى مسائل معينة أخرى .

وهذه الطريقة تصل بنا إلى العلل الرئيسية والأخيرة للحلول ، وهذه العلل وحدها هى التى يقبلها العلم ، ويجب اعتبارها دون غيرها ، واحلالها محل ما استبعد من التعليلات .

٩ — وقد تتعدد فى كتب الفقه الطرق ، لتبرير الحل الواحد . أما تعدد الأدلة ، فأمر لا شائبة فيه ، لو كانت الأدلة جميعها تتضافر ، لتكوين

مبدأ واحد يقضى بالحل موضوع النظر .

ولكنا نجد فى الغالب ، الطرق لا الأدلة تتعدد ، وكل طريق منها صادر عن فكرة ، قد تكون متنافرة مع الفكرة التى أوحت بالطريق الآخر .

فى الخطة التى نقول بها ، يلزم الاستعانة بالروح العامة للتشريع ، لاستبعاد مايتبين فضوله من الطرق . فاذا ما اكتفى بأحدها ، وجب الاحتفاظ به فى جميع المناسبات ، حتى إذا ما اضطر الباحث اضطراراً ، إلى الرجوع إلى الطريق الآخر ، فى حالات أخرى معينة ، وجب اعتبار هذه الحالات ، استثناءات لما سبق تقريره كمبدأ عام . وقد تنم هذه الحالات عن اتجاه التطور فى التفكير .

١٠ – وكذلك التكييف القانونى النظرى ، لا يخضع دائماً عند الفقهاء لفكرة واحدة . صحيح أن تعقد الظاهرة القانونية ، قد يحول فى بعض الأحوال ، دون تصويرها ، على أساس الفكرة الواحدة .

ولكن فى هذه الأحوال ، يقتضى منا المنطق ، أن نغلب العنصر المسيطر على هذه الظاهرة . وعند تصويرنا لها ، نلاحظ ما شذ على تكييفنا القانونى ، من الحلول . ولا يلجأ إلى ذلك ، إلا إذا لم يعثر فى التشريع الاسلامى نفسه ، على تصوير ، ينتظم النظرية بما حوته من الحلول جميعاً .

١١ – يتضح مما تقدم ، أنه إذا كان تقيدنا بالحلول وثيق العرى ، فالأمر بخلاف ذلك بالنسبة للشروح ، ولا يخشى من هذا التحرر على صحة تفهم روح التشريع ، فقد قلنا ، أن التشريع الاسلامى قائم على هذه الحلول ، وروحه فيها وحدها . أنظر « مبسوط » (محمد) .

على أن هناك محظوراً آخر . فإنا إذا نحن فرضنا على التشريع الاسلامى

أفكاراً غريبة ، اقتضتها أساليب التشريعات التى نشأت فيها ، تكون قد مسخنا هذا التشريع بالفعل .

فيلزمنا إذاً ، التجرد من أساليب هذه التشريعات ، وإذا نحن حاولنا الوصول إلى المبادىء الأولية ، فلن تكون إلا تلك التى يتطلبها كل تشريع ، لمجرد كونه وليد العقل البشرى ، وهو واحد ، مهما اختلفت الأمكنة والأزمنة .

وذلك كله لا يحول دون الاستعانة فى عرض المسائل ، بما جرينا عليه فى بحث قوانيننا الحديثة ، على أن يكون هذا إطاراً خارجياً ، وعرضة للتحوير وفقاً لمقتضيات التشريع الاسلامى .

١٢ — لذلك لن نعير كثيرا من الاهتمام ، ما حوته الكتب الفقهية ، من الأمثال والأصول ، فهى فى الغالب ، عبارة عن مبادىء ، يقضى بها المنطق أو العدل ، لا نفس النصوص التى وردت بمناسبتها . ونذكر هنا ، أن مما استنفد نصيباً من نشاط الفقهاء ، مقارنة الحلول بعضها ببعض ، لأظهار الفروق والأشباه . على أنهم فى هذا كله ، قلما يرتقون إلى المبادىء الأولية العامة .

١٣ — أما علم أصول الفقه ، فهو شديد الاتصال بعلم الكلام ، ولا يفيد فى دراسة موضوعية للنصوص . فهو أشبه بفلسفة القانون منه بالقانون .

وقد قرب فقهاء الحنفية بينه وبين الفروع ، ومع ذلك يقول (الحموى) (أنظر « الغمز » ج ١ ، ص ٢٤٥) انه : « لا عبرة بما فى كتب الأصول إذا خالف ما ذكر فى كتب الفروع كما صرحوا به » .

١٤ — وكذلك لا يلتفت فى دراستنا الموضوعية ، إلى مصادر

التشريع . ذلك أن « القرآن الكريم » ، لم يأت إلا بقليل من الآيات فى موضوع الالتزامات ، وهى فى الغالب من قبيل القواعد الأخلاقية .

أما « الأحاديث النبوية » ، فهى أيضاً قليلة العدد ، وسيؤخذ بها على أنها نصوص ، إذا جاءت بحلول معينة لبعض المسائل . ولن تتعرض لما وجه من الطعون إلى بعض هذه الأحاديث ، فهى لمجرد ورودها تنم عن اتجاه خاص فى التفكير .

فالعبرة إذاً دائماً بالمسائل وأحكامها . ومما يؤيد وجهة النظر هذه ، أن فى عقد البيع ، قد وردت أحاديث متعددة ، فى صيغة النهى ، وقد فرع الفقهاء عليها البطلان فى بعض الأحوال ، ومجرد الكراهية فى البعض الآخر ، بالرغم من اتحاد الصيغة فى جميع الأحوال .

١٥ — يتضح من ذلك ، أن التشريع الاسلامى فى موضوع الالتزامات ، يفقد صبغته الدينية .

ونذكر هنا أن هذا التشريع ، لا يمنع مصدره الدينى من اعتباره تشريعاً بالمعنى الصحيح . ذلك أنا إذا نظرنا إلى ماهيــة القاعدة القانونية فى هذا التشريع ، ألفيناها تتضمن جميع العناصر التى تلاحظ فى القواعد القانونية .

من ذلك ابتناؤها على المظنّان ، وابتعادها عن التوغل فى الدوافع النفسية . ومن ذلك أيضاً الجزاء المترتب على مخالفتها ، فقد فرق الفقهاء بجلاء ، بين ما هو واجب قضاء ، وما هو واجب ديانة .

١٦ — أما « القياس » ، وقد اعتبروه مصدراً من مصادر التشريع ، فهو فى الواقع ، عملية من عمليات الاستدلال ، يقوم بها العقل ، إذا أراد الوصول إلى حكم عن طريق الاستنتاج .

وهذه العمليات العقلية تؤدى إلى وضع حدود وتقسيمات ، وشأن علم الفقه منها شأن سائر العلوم الأخرى.

١٧ — وإذا استعمل العقل فى مهمة استنباط الأحكام ، فقد يؤدى به منطقه الجامد إلى حلول ، قد تتعارض مع فكرة العدالة المطلقة ، أو مع بعض الأحاديث الصريحة . فيلجأ الفقهاء عندئذ إلى ما يسمونه « الاستحسان » .

فالحكم الذى يقضى به الاستحسان ليس فى الواقع إلا استثناء ، اقتضته قواعد العدل والانصاف ، أو أسباب أخرى .

١٨ — وقد يستعمل الاستحسان لادخال ما استقر عليه « الاجماع » ، فى التشريع .

وقد يتعين اعتباره كالعادة والعرف ، عاملا من عوامل التطور ، إذا تبين أن التشريع الاسلامى قد تأثر بالفعل بواسطته . وهذا هو موضوع الطريقة التاريخية .

(٢) الطريقة التاريخية

١٩ — أما عن منشأ التشريع الاسلامى ، فانا نرى الاعراض عن البحوث التى حاول بها العلماء تأييد رأى دون آخر . أما حججنا ، فسنتلمسها من دراستنا الموضوعية نفسها ، ذلك أنه من العبث الاستناد إلى التشابه بين بعض الأفكار للقول باتحاد المصدر أو بالاستمداد . فان أهمية هذا التشابه ، لا يصح تقديرها ، إلا إذا وضعت الأفكار فى الجسم الذى انتزعت منه .

لذلك لن يوجد أبداً دليل أقطع ، على التشابه أو عدمه ، من استعراض

نظرية الالتزامات فى التشريع الاسلامى ، بعد بناء هيكلها . فعندئذ فقط سيظهر لنا ، إن كانت ثمة استعارات ، من أين أتت ، وما هى ؛ وإن لم تكن ، كيف أن التشريع متماسك الأطراف ، ظاهر الابداع .

ونلاحظ هنا فقط فشل المحاولات ، التى ظهرت قديماً وحديثاً ، لاثبات استمداد التشريع الاسلامى من القانون الرومانى . أما محاولة (كاروزى) فقد هدمها المستشرق (نالينو) . وحديثاً ، ظهرت رسالة فى الشفعة ، (طبعت فى ميلانو سنة ١٩٣٣) ، رمى بها مؤلفها إلى اثبات هذا الاستمداد . على أن استنتاجاته لم تقنع أحداً ، كما يظهر من تعليق الأستاذ (روسييه) على هذا الكتاب فى (مجلة تاريخ القانون ص ٣٢٣ لسنة ١٩٣٤) .

٢٠ — على أنه ليس بين أيدينا فى الواقع ، من الآثار القانونية ، شىء يرجع إلى ما قبل العصر العباسى . أما عن الجاهلية ، فان هناك بعض الاشارات البعيدة ، مبعثرة فى آثار متأخرة عن هذا العهد . وكذلك يقال عن عصر الخلفاء الراشدين ، والخلفاء الأمويين ، فان جل ما نجد ، هو بعض الحلول ، لمسائل عرضت على بعض الحكام . ولكن لا يظهر أنه فى مدى هذه العصور الطوال ، قد كانت هناك مجموعة من القواعد ، أوحت بهذه الحلول الطفيفة .

ويبدو لنا أن التشريع فى هذا العهد ، لم يكن شيئاً آخر سوى العادات المحلية السائدة ، سواء فى جزيرة العرب أو فى الأقطار المفتوحة . وأن ما ورد من الأحكام ، يعبر تماماً عن هذه العادات ، مع اتجاه خاص أملاه الدين الجديد .

٢١ — ثم يضعنا العصر العباسى ، فجأة فى أول عهده ، أمام مجموعة كاملة من الأحكام . ففى نظر التاريخ لا يظهر التشريع الاسلامى ، كتشريع

بالمعنى الصحيح ، إلا مع (أبى حنيفة) ، الذى وردت آراؤه فى جميع المسائل ، كما وردت آراء صاحبه (أبى يوسف) ، بمجموعات الكتب التى وضعها (محمد) ، صاحبه الآخر المتوفى سنة ١٨٩ ﻫ .

فأول أثر من الآثار القانونية ، هو إذاً أثر كامل الأجزاء . وإذا كانت هذه الكتب ، قد ذكرت فى بعض الأحوال ، آراء لبعض الفقهاء ، ممن سبقوا (أبا حنيفة) ، فان هذه الآراء ، لا تكوّن فى مجموعها ، تشريعاً يعتد به .

٢٢ — فهذه الكتب ، تعطينا صورة كاملة ، للتشريع الاسلامى ، كما ارتآها (أبى حنيفة) . وفى نفس هذه الكتب ، نلحظ اتجاهاً خاصا ، يمثله (أبو يوسف) . وهو اتجاه ظاهر الميل ، نحو الأخذ بقواعد العدل والانصاف .

وقد انتقل هذا التشريع كما هو ، مع اتجاهاته المختلفة ، إلى الأجيال المتعاقبة من الفقهاء — بواسطة كتب (محمد) .

وإذا كان الفقهاء فى زمن (السمرقندى) (حوالى سنة ٣٧٥ ﻫ) ، قد وضعوا حلولا لبعض المسائل التى استجدت ، والتى أسموها « النوازل » ، فلم يكن عملهم هذا ، إلا بمثابة الملحق من الكتاب .

ولم يكن للفقهاء ، حتى فى عصور الاجتهاد ، سوى تطبيق الأحكام الموضوعة ، على مسائل يقيسونها قياساً على ما سبقها ، أو الترجيح بين حلين ، قام بشأنهما الجدل . ويلاحظ أن الفقهاء ، لم يترددوا فى الواقع ، عن القياس والترجيح حتى فى العصور التى تلت ما أسموه « اقفال باب الاجتهاد » .

٢٣ — ولذلك نلاحظ أن القرون ، التى مرت على هذه الكتب ، لم تضف اليها الشىء الكثير . وما قد جاء من الحلول ، عن طريق الاجماع ، أو

العادة ، موجود فى الغالب بتلك الكتب . ومع ذلك ، فما لاشك فيه ، أن « العرف والعادات » ، قد ساعدت على جعل بعض القواعد أكثر مرونة ، أو على تحديد مدى تطبيقها . إلا أن الأسس ، بقيت ثابتة ، كما كانت ، من « المبسوط » ، إلى « رد المحتار » (١٢٥٢ هـ) .

٢٤ — ويلاحظ أخيراً ، أن بعض المسائل أتتنا ، لا عن طريق كتب (محمد) الستة ، بل عن طريق كتب أخرى له ، أو لغيره . وهى معتبرة أضعف سنداً من الكتب الستة ، ولذلك عبر عنها « بغيرظاهر الرواية » . على أن المفهوم أن هذه المسائل كذلك قد عرضت (لأبى حنيفة) أو لأصحابه .

أما مؤلفات (ابن سماعة) ، و (ابن رستم) ، التى وردت بها هذه الرواية ، فلم تصلنا . وعلى ذلك تكون ثقتنا بصحة هذه الرواية ، بقدر ثقتنا فيمن رواها من المؤلفين ، وهم يوردون هذه الرواية ، كغيرها ، أثناء عرضهم للموضوع .

٢٥ — وفى بحثنا هذا ، قد رجعنا أولا وبادىء ذى بدء ، إلى كتب (محمد) . وبذلك انتهجنا نهجاً جديداً ، كان الباحثون بعيدين عنه ، فهم فى الغالب يرجعون إلى أحد الكتب المتداولة للمتأخرين .

ولما كان « مبسوط » (محمد) هو « الأصل » ، كما يسمونه ، كان من المتعين الرجوع اليه أولا . والواقع أن الرجوع اليه ليس من الميسور ، فهو لم يطبع بعد ، والمخطوطات الموجودة منه بمصر ، أكثرها ناقص . على أنا قد وفقنا إلى العثور على نسخة ، وردت حديثاً على دار الكتب ، وهى من محتويات مكتبة المغفور له (محمدعلى الكبير) .

أما ثانى الكتب الستة ، وهو « الجامع الصغير » ، فهو مطبوع ، على أنه لا يروى غلة لاختصاره .

و « الجامع الكبير » هو ثالثها ، وقد عثرنا على جزء صغير منـــه بدار الكتب ، وتمكنا من تتبع بقية النصوص ، خلال ما ورد عليه من الشروح الكثيرة . وهو يختلف كثيراً فى أسلوبه عن « المبسوط » ، ذلك أن المسائل ترد به موجهة ، بينما « المبسوط » خلو تماماً من التفسير ، والتوجيه .

أما رابع الكتب الستة ، وهو « الزيادات » ، فقد تقصينا نصوصه من خلال شروح (العتابى) و (قاضى خان) .

والخامس والسادس من الكتب الستة ، موضوعان فى السير ، أى فى قوانين الحرب ، فلم يدخلا فى نطاق بحثنا .

٢٦ — وبعد أن تمكنا من هذا الأساس ، سرنا فى بحثنا ، متتبعين المؤلفين ، على حسب الترتيب الزمنى ، ابتداء من (الخصاف) (٢٦١ هـ) ، لغاية (السندى) (١٢٥٧ هـ) .

ولم نتراجع أمام المخطوطات القديمة ، فتيسر لنا بذلك الانتفاع ببعض المؤلفات العظيمة التى لم تتداولها الأيدى بعد . ومن ذلك « مختصر » (الطحاوى) (المتوفى سنة ٣٢١ هـ) . و« محيط » (رضى الدين السرخسى) (المتوفى سنة ٥٤٤ هـ) . وقد ذكر هذا المؤلف الأخير . المسائل مرتبة ، وهو يورد دائماً مسائل غير ظاهر الرواية ، ومسائل النوازل ، فى فصول مستقلة . ونذكر من ذلك أيضاً « الذخيرة البرهانية » ، و« خلاصة » (افتخار الدين) .

أما مؤلفات «العصر الذهبى» للفقه الاسلامى ، وهو الذى يمتد من مجموعات (محمد) لغاية (قاضى خان) ، فنذكر منها « مبسوط » (السرخسى) ، وهو شرح لما اختصره (الحاكم الشهيد) من الكتب الستة . و « جامع الفقه » (للعتابى) ، وهو مجموعة مسائل ، تمتاز بشىء من الطرافة . و«بدائع» (الكاسانى) وهى بلاريب ، أروع ما ألف فى الفقه الاسلامى ، وهى تمتاز بحسن ترتيبها ،

ووضوح أسلوبها. وهذا المؤلف هو فى الواقع فريد فى تقسيماته، وطريقة عرضه للمسائل. وقد جعلناه عمدتنا فى جميع بحوثنا.

أما فى العصر الذى يلى العصر الذهبى، وقد سميناه «عصر الشرح والتحشية»، فأول ما يقابلنا من المؤلفات العظيمة، «الهداية». وقد كتب فى شرحها، ما تقوم به مكتبة واسعة الأرجاء. ونذكر أيضاً مجموعة الشروح التى وردت على «الكنز»، وكذلك مجموعة الشروح التى وردت على «الدر المختار».

وعند الحلقة الأخيرة، نجد «رد المحتار» (لابن عابدين)، وهو عبارة عن دائرة معارف فقهية، على أنها تفتقر إلى التنسيق. وقد تبعه (السندى) (١٢٥٧هـ) فى شرح «الدر المختار»، ومؤلفه يقع فى ستة عشر مجلداً ولا يزال مخطوطاً، وهو من محفوظات مكتبة الأزهر.

وهناك بعض المؤلفات، اكتفى أصحابها بسرد المسائل، دون إيراد وجوهها، وقد سميت «بالفتاوى». وليس معنى ذلك، أنها فى الواقع، أجوبة عن أسئلة عرضت. ونذكر منها «الظهيرية» و «التتارخانية» و «الهندية».

ومما يستحق التنويه، تلك المؤلفات، التى حاول مؤلفوها الارتقاء بها، عن مجرد الحلول والعلل المباشرة، متقصين أسباب الفروق والنظائر. ونذكر منها «فروق» (الكرابيسى) ولا يزال مخطوطاً، و «أشباه» (ابن نجيم) وشهرتها تغنى عن وصفها، وشرح (التاجى) على هذه «الأشباه»، ولا يزال مخطوطاً.

وأخيراً، نجد فريقاً من المؤلفين، قد وجه عنايته، إلى الناحية القضائية للمسائل. وأهم ما وضع فى ذلك «جامع الفصولين» (لابن قاضى سماوه)، وتنقيحه «نور العين».

٢٧ — ولا يسعنا هنا، إلا أن نشير إلى ما كابدناه من الصعاب،

عند البحث فى هذه المؤلفات . وقد اقتضى منا ذلك مجهوداً مضاعفاً ، يعرفه فقط من عالج هذه البحوث . فمن ذلك ، أنه لا يكفى الباحث ، التطلع إلى العنوان ، ليتعرف ما سيتناوله الباب من الموضوعات . فالمسائل فى الواقع مبعثرة فى مختلف الأبواب ، لغير ما سبب ظاهر .

ولا يستطيع الباحث الجزم بأن مسألة بعينها ، ليست موجودة فى كتاب معين ، إلا إذا طالع جميع صفحات هذا الكتاب ، بامعان تام . ولذلك نجد المؤلفين ، فى إشاراتهم إلى المراجع ، ينقل بعضهم عن بعض . فاذا ما ذكر أحدهم عن مسألة ، أنها وردت « بالمبسوط » ، فلا يفيد ذلك أنه قد تحقق بنفسه من صحة ورودها .

لهذه الأسباب ، اضطررنا إلى دراسة بعض الكتب ، من الغلاف إلى الغلاف ، وراجعنا جميع أبوابها ، باباً باباً ، لتقصى مايهم موضوعنا ، من المسائل .

٢٨ — ويلاحظ أيضاً ، أن هذه المؤلفات لا تتبع ترتيباً واحداً ، فى تسلسل الأبواب . ولو أن هذه الأبواب أو الكتب واحدة ، لم تتغير فى الغالب ، منذ وضع « المبسوط » .

على أن « المبسوط » جاء خليطاً من الأبواب ، ولا يراعى ترتيباً ما . أما الترتيب الذى نجد عليه « الجامع الصغير » فهو ليس (لمحمد) . وقد اتبع هذا الترتيب غالب المؤلفين .

ومهما يكن الأمر ، فلا أهمية فى الواقع لهذا الترتيب . فهو لم تقض به أسباب مقبولة . أما ما يذكره أحياناً المؤلفون من الأسباب ، فهو مجرد أسباب لفظية أو شكلية لا قيمة لها . وانا نجد مثلا أن كتاب الاجارة ، جاء فى « بدائع الصنائع » ، قبل كتاب البيع ، مع أن (الكاسانى) نفسه ، قد أحال فى كتاب الاجارة ، على كتاب البيع ، فى كثير من المسائل .

٢٩ — **ملاحظات موضوعية على المؤلفات** — أول ما يلاحظ على الفقهاء، أن نظرهم لم يتجه، أثناء وضعهم للحلول، إلى طريقة تطبيق أحكامهم. فتلك الناحية العملية، لا تكاد تظهر، خلال جدلهم وأبحاثهم.

على أن هذا ليس معناه، كما ادعاه بعض المستشرقين، أن التشريع الاسلامى لم يوضع، إلا على أنه مثل أعلى، يوصى باتباعه، وأن فى الواقع ونفس الأمر، لم تتبع أحكامه فى الدول الاسلامية.

فانا، وقد رجعنا فى بحثنا، إلى كثير من الأوراق البردية، المثبتة للوثائق القانونية، مما كان يجرى به التعامل، فى العصور الأولى للاسلام، وإلى أحكام محكمة مصر الشرعية القديمة، ويرجع بعضها إلى أكثر من خمسمائة سنة خلت، نستطيع أن نؤكد، فيما يتعلق بموضوع الالتزامات، أنه لم يكن هناك تشريع، أو قواعد أخرى، متبعة فى المعاملات، سوى قواعد الشريعة الاسلامية.

وإذا كانت هذه القواعد، قد خولفت بالفعل، فى بعض الأحايين، فقد كان ذلك خضوعاً لظاهرة معروفة، وهى أن الاحتياجات العملية، تخلق دائماً بجانب التشريع، قواعد أكثر مرونة، تلطف من حدته.

٣٠ — من ذلك — وهذا فى نظرنا، دليل على حيوية التشريع الاسلامى — ما وضعه الفقهاء من «الحيل»، لتلافى بعض ما وضعوه، من القواعد التشريعية الجامدة.

على أن هذه الحيل، تندمج تماماً فى الهيكل التشريعى. لأنها لا تصدم قاعدة من قواعده. فهى عبارة عن عقود أو إقرارات صورية، تنطبق عليها الأحكام التى وضعت للصورة التى اتخذتها، لا لحقيقتها. وقد ساعد على نجاح هذه الوسائل، قواعد الاثبات، وأحكام الصورية، فى التشريع الاسلامى، كما سنوضحه.

فالحيل إذاً ستكون محل دراستنا ، على أنهـــا الجانب الحى للتشريع الاسلامى ، وهى قد كانت موضعاً لعناية (محمد) نفسه ، وهو أحد واضعى المـذهب .

٣١ — وتظهر أيضـاً الناحية العمليـة للفقه الاسلامى ، من خلال كتب « الشروط » . وقد عنيت هذه الـكتب ، بوضع صيغ لـكتابة العقود والاقرارات . وقد اهتم بهذه الناحية أيضاً (محمد) فى « المبسوط » . على أن لهذه الناحية من الفقه فقهاءها الأخصائيين ، نذكر منهم (أبا زيد الشروطى) و (الطحاوى) .

ويتضح لمن يتصفح كتب الشروط هذه ، أنهـا لم توضع لمجرد النظر ، فهى تراعى دائماً الاحتياجات العملية ، وتحيط العاقد علماً ، بما يجب أن يتخذ لنفسه من الحيطة ، فى اشتراطاته ، مع اختلاف المذاهب .

وهذه الصيغ لا تخلو من « الرطانة » القضائيـــة ، كتكرار الألفاظ ، والمبالغة فى الاحتياطات . ومن الغريب أنهـا على قدم عهدها ، يرد بهـا عبارات ، تشبه كثيراً ما نقرؤه فى العقود التى تحرر فى أيامنا هذه .

٣٢ — وتظهر أخيراً الناحية العملية ، من خلال « الفتاوى » ، وهى مؤلفات جمعت ما أجاب به المفتون ، عما عرض عليهم من الأسئلة ، فى حوادث واقعية . ولدينا من هذه المجموعات ، ما يرجع عهده إلى سنة ١١٠٠ ﻫ . وهى جميعها تتبع آثار الـكتب الفقهية ، ولا تحيد عن الأحكام التى وردت بهـا قيد أنمله .

٣٣ — ومما يؤخذ أيضـاً على المؤلفين ، اهتمامهم الزائد بدقيق التفصيلات ، وتفننهم فى افتراض المسائل البعيدة الوقوع .

وان كان هذا التطرف في التصورات ، وهذا التوغل في الدقائق ، قد أفادا التشريع بعدد وفير من الأفكار والآراء ، فانهما مع ذلك ، قد أساءا إلى الروح القانونية . ذلك أن هذه الروح تمج التدنى إلى صغائر المسائل ، كما تمج الدقة التى تتطلبها الرياضيات . فما يثقل على القانونى ، أن يرى المؤلفين ، يسترسلون فى عمليات حسابية معقدة .

ويلاحظ أن المتأخرين ، قد وقعوا فى محظور آخر ، وهو التراشق بالأدلة اللفظية البحتة ، والاعتماد فى الاستدلال ، على المنطق المجرد .

٣٤ — ***الروح العامة للفقه الاسلامى*** — يظهر لنا أن هناك نزعات ثلاثاً تسيطر على التشريع الاسلامى .

(١) أما الأولى ، فهى النزعة الفردية . وقد يذهب البعض إلى أن هناك نصوصاً كثيرة ترمى إلى حماية مصالح الجماعة . على أن هذه النصوص لا تنهض دليلا ، على أن النزعة الفردية ليست متغلبة .

ذلك أن التشريع الاسلامى اصطبغ فى الأصل بصبغة دينية . فهو يرمى بطبيعته إلى توفير السعادة على الفرد . والفرد — مهما حاول أنصار الاشتراكية فى عهدنا هذا — سيبقى دائماً أبداً ، هو الغاية التى يسعى اليها كل تشريع . وإذا غلبنا فى بعض الأحيان مصلحة الجماعة ، فليس ذلك فى الواقع ، إلا لكونها تتضمن فى نفس الوقت ، مصلحة الفرد .

(٢) أما النزعة الثانية ، فهى السعى وراء العدالة المطلقة ، عن طريق المساواة . وقد ظهرت هذه النزعة فى نظرية الالتزامات ، فى صورة المساواة بين المتعاقدين . على أن الفقهاء قد توغلوا فى هذا الاتجاه ، إلى أقصى حدوده . ومن آثار هذه النزعة نظرية الربا .

(٣) والنزعة الثالثة ، ترمى إلى الابتعاد ، عن كل ما من شأنه ، خلق القلق أو المنازعات ، فى المعاملات . لذلك هم ينفرون من الغرر ، على كافة صوره . وقد توسعوا فى بيان أحكام الجهالة الفاحشة واليسيرة . وذاك كله اتقاء للمنازعات . وسنرى أن هذه النزعة أيضاً قد ذهبت بهم بعيداً .

٣٥ — وأخيراً ، نقول كلمة ، عما وضع فى القرن التاسع عشر الميلادى ، من التقنينات فى التشريع الاسلامى .

أما « المجلة العدلية» ، فقد قام بوضعها فى آخر عهد الدولة العثمانية ، فريق من الفقهاء . وقد جعلوا منها مجموعة نصوص أوردوها تحت أرقام متسلسلة. على أنهم ، لم يحاولوا قط ، اخضاع المسائل لقواعد عامة تكون هى موضوع المواد . فالمواد جاءت بالمسائل ، على أنها مسائل . وإن قليلا من المواد جاءت بتعاريف ، منقولة هى كذلك ، عن الكتب الفقهية .

وقام بعد ذلك فى مصر (قدرى باشا) ، فوضع كتابا سماه «مرشد الحيران». ذكر به مجموعة من الأحكام الشرعية ، على نسق القوانين المصرية . على أن محاولته وضع نظرية للالتزامات ، لم تفلح ، فاكتفى بذكر طرق انقضاء الالتزامات ، وبعض أوصافها . وإن المواد التى وردت بها هذه الأحكام ، لا تخلو مع ذلك من الأغلاط ، كما سنبينه أثناء عرضنا لما تناولته من الموضوعات. أما نظرية العقد ، كما أوردها ، فهى فى الواقع ، نظرية عقد البيع .

٣٦ — **القانون المقارن** — أما وقد بينا منهاج بحثنا فى التشريع الاسلامى ، نتساءل هنا هل يجدر بنا ، بعد الوصول إلى تعرف حقيقة هذا التشريع ، الرجوع إلى غيره من التشريعات ، لمقارنته بها .

قد يبدو هذا ضرورياً فى زمن ، يكاد لا يخلو مؤلف فيه ، من مقارنة الشرائع . ولكنا رأينا الاعراض عن هذا الاتجاه ، لنتمكن من توجيه جميع

جهودنا ، نحو بناء هيكل التشريع الاسلامى ، فى موضوع الالتزامات . حتى إذا ما تم هذا البناء ، نكون قد مهدنا ، لمن يهمه ذلك ، أن يقوم بدراسته المقارنة ، على أسس متينة .

وهذا كله ، لا ينفى أننا ، فى الواقع ، قد رجعنا ، إلى أكثر من تشريع واحد ، فى موضوع دراستنا هذه . فانا لم نخط سطراً واحداً ، إلا بعد إعمال الفكر فى مختلف التشريعات ، ليصح فهمنا ، ووضعنا للمسألة ، على وجهها المطلق . فالمقارنة قد تمت بالفعل ، ولو أن القارىء لا يقرؤها فى الغالب ، قراءة العين .

ونلاحظ هنا ، أنه من السخف ، محاولة الوصول ، عن طريق مقارنة الشرائع ، إلى إصدار الأحكام التقويمية على هذه الشرائع . فان التشريع ، كما قلنا ، ظاهرة من الظواهر الاجتماعية ، مقيد ككل ظاهرة بظروف الزمان ، والمكان ، ويخضع كذلك لمنطقه هو نفسه . وإذا كان يجوز ، للغريب عن العلوم القانونية ، أن يدهش لغرابة بعض الأحكام ، ففقيه النفس ، يرى فيها على العكس ، دليلا جديداً ، على أن العقل البشرى ، قد جاهد وناضل ، فى مختلف البيئات ، فى سبيل الوصول إلى « الحقيقة القانونية » .

٣٧ — **مقارنة المذاهب** — وقد استبعدنا كذلك ، مقارنة المذاهب ، واكتفينا مؤقتاً ، بدراسة مذهب (أبى حنيفة) .

ذلك أنه قد تبين لنا ، أن الفقه الحنفى يمثل التشريع الاسلامى ، فى أولى صوره ، وأنقاها . ولا نرى مجاراة ماهو شائع ، من أن المذهب الحنفى ، هو أقرب المذاهب إلى التشريعات الحديثة . فهو على العكس ، أبعدها عنها ، وان كان فى مسائل العبادات يبدو أكثر تسامحاً من غيره .

أما التقسيم المشهور للمذاهب ، ما بين أهل الرأى وأهل الحديث ، فهو أيضاً تقسيم لا نرى له معنى . فان جميع المذاهب ، فى الواقع ، تلجأ إلى الاستدلال العقلى ، سواء منها المالكية والشافعية والحنبلية . فمن المعروف ، أن نظرية « المصالح المرسلة » عند المالكية ، و « الاستصحاب » عند الشافعية ، تؤديان إلى مايؤدى اليه « الاستحسان » عند الحنفية . وهذا التقسيم لا يفيد ، سوى أن الفقه الاسلامى ، قد انتابه ما انتاب غيره من التشريعات . ففيها جميعها ، يتجاذب المفسرين دائماً تياران ، تيار التوسيع ، وتيار التضييق ، فى التفسير .

ونلاحظ أنه فى موضوع الالتزامات ، قد راعى فقهاء المذاهب غير الحنفية ، احتياجات الحياة العملية ، أكثر مما صنع فقهاء الحنفية . وذلك رغم أن الأولين يتمسكون بالأحاديث فى أكثر المسائل ، خلافا للأخيرين . ويبدو لنا أن فقهاء الحنفية ، قد اجتهدوا فى جعل بنائهم التشريعى محكماً ، ففاتهم شىء من المرونة . أما الفقه المالكى ، فهو ظاهر الأخذ بما يتطلبه العمل من القواعد المعقولة . أما الفقه الشافعى فقد بقى متردداً بين النزعتين . بينما الفقه الحنبلى قد اكتفى بتخير الآراء من مختلف المذاهب ، ولم يظهر عليه أى طابع خاص . وفقه الشيعه يقرب كثيراً من فقه الشافعية .

يتضح مما تقدم ، أنه من المفيد ، ان لم يكن من الضرورى ، افراد الفقه الحنفى بدراسة خاصة . وفى الواقع ، الصناعة مختلفة فيه ، عنها فى المذاهب الأخرى . وقد لانبالغ إذا قلنا ، أن هناك تشريعاً مالكياً ، وتشريعاً شافعياً ، وتشريعاً حنبلياً كذلك .

ونذكر هنا أنه قد حاول بعض الفقهاء ، فى هذه المذاهب ، الارتقاء إلى المبادىء العامة ، ومنهم (القرافى) فى الفقه المالكى ، و (العز بن عبد السلام)

فى الفقه الشافعى ، و(ابن رجب) فى الفقه الحنبلى . وفى الفقه المالكى ، نوع من المؤلفات وردت بها أحكام الحاكم ، وقد سميت « بالعمليات » .

ونذكر أخيراً ، أنه قد اكتشف المستشرق (جريفينى) ، كتاباً فى فقه الشيعة الزيدية ، قال عنه أنه أقدم ما وجد من كتب الفقه الاسلامى .

وقد اهتم بعض الفقهاء ، منذ العصور الأولى ، بايراد أحكام المذاهب المختلفة مجتمعة، وهو ما يسمونه بعلم « الخلافيات » . نذكرمنهم (الطبرى) و(الشعرانى) . على أن هذا العلم ، لا يفيد فى دراسة موضوعية للنصوص ، ذلك أنهم يوردون الأحكام ، كلا منها بجانب الآخر ، منتزعة من مذاهبها . والمسألة إذا انتزعت هكذا،فقدت الكثير من قيمتها . وقدحاول (الشعرانى) التقريب بين مختلف المذاهب ، على أساس من الصوفية ، لا يهمنا .

٣٨ — ومما تقضى به الطريقة التى نقول بها ، الاستعانة بكتب الطبقات ، وتاريخ القضاة . والتاريخ العام ، لتتبع التطور التاريخى للتشريع . وتقضى كذلك ، بالرجوع إلى ما وصلنا من الوثائق ، عما جرى عليه العمل بالفعل ، من قواعد التشريع الاسلامى ، كالأوراق البردية ، وما قد يرد فى كتب الأدب العامة من النصوص القانونية .

ونحيل فى هذا كله ، إلى قائمة المراجع ، التى صدرنا بها هذا الكتاب .

§ ٢ - عرض عام لنظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية

---

٣٩ - قبل الشروع فى دراستنا الموضوعية ، على الطريقة التى رسمنا ، نعرض ما اقمناه على أساس المسائل ، من النظريات والتصويرات القانونية ، التى يتكوّن من مجموعها ، نظرية عامة للالتزامات ، على نسق تلك التى أقامها الرومان — فيكون هذا هيكلا وقتياً ، يساعد على تتبع الدراسة المستفيضة ، التى شرعنا فيها ، وهى قد تستغرق المؤلفات الطوال .

وسنتبع فى هذا الاستعراض ، الترتيب الآتى : نعرض فى القسم الأول منه ، نظرية الالتزام فى ذاته ، أى فى عناصره المكونة ، من أطراف ، ومحل ، وسبب ، ثم فى آثاره ، ثم فى طرق انقضائه . وفى القسم الثانى ، نعرض المصادر التى يتولد عنها الالتزام ، ونبين أحكامها . وسنختم هذا الاستعراض ، ببحث فى فكرة الالتزام ، كما تظهر لنا ، من خلال هذا الاستعراض .

القسم الاول : الالتزام فى ذاته

١ ـ عناصر الالتزام

٤٠ — (اولا) الطرفان — البحث فى طرفى الالتزام ، لا يتناول فى الواقع ، سوى أحوال تعددهما . ذلك أنه فى حالة توحد الملتزم ، والملتزم له ، تنطبق القواعد العامة . ولا يدخل فى نطاق نظرية الالتزام ، البحث فى الشخصية القانونية ، أو فى الأهلية .

أما أحوال التعدد ، فقد جعلنا منها موضوع الباب الأول ، من مؤلفنا ، ولما كان قد ورد بحثها مستفيضاً ، فى هذا الجزء ، فانا نكتفى هنا بالاحالة عليه .

٤١ — (ثانيا) موضوع الالتزام — باستعراضنا للمسائل التى توجد فيها ، بين شخصين ، رابطة التزام ، يتضح لنا أن موضوع هذا الالتزام ، لا يخرج عن أن يكون :

(١) تمليكا — بان ينقل شخص إلى آخر ، ملكية عين ، أو يملكه منفعتها . ونطلق على هذا النوع من الالتزامات ، لفظ « التمليكات » .

(٢) تسليما — كالتزام البائع بتسليم الشىء المبيع للمشترى .

ويلاحظ هنا ، أن تنفيذ الالتزام بالتمليك ، يقع فى نفس اللحظة التى يتعهد فيها الملتزم ، إذا كان الشىء معيناً ؛ كما أن التزام البائع بالتسليم ، لا يصح مؤجلا .

(٣) قد يكون موضوع الالتزام ، عملا آخر غير التسليم ، كحفظ شيء ، أو صنعه ، أو خدمة الخادم .

وإذا كان موضوع الالتزام ، تمليك قدر من النقود ، أو من أشياء أخرى مثلية ، سمى هذا الالتزام « دينا » . وله طبيعة خاصة فى التشريع الاسلامى .

٤٢ — وسواء كان موضوع الالتزام تمليكا ، أو تسليما ، أو عملا آخر ، يلزم أن يكون محله من الأموال . فالهواء ، والانسان الحر ، لا يكونان لذلك ، محلا للالتزام .

ولا يعتبر مالا كذلك ، ما كانت منفعته غير مشروعة ، لأسباب خاصة . وإن عدم مشروعية الموضوع ، هى التى تبطل ، فى الواقع ، كذلك ، التزام المغنية بالغناء ، وتجعل المراهنات ، فى الأصل ، باطلة ؛ ولو أنه قد استثنى من المراهنات ، ما من شأنه التدريب على الجهاد .

ويشترط فى المال محل الالتزام ، أن يكون ذا قيمة معتبرة ، وإلا لم يكن هناك فائدة من الالتزام ، كما لو باع كسرة خبز .

ويشترط أيضاً ، ألاّ يكون محل الالتزام ، مستحيل الوجود ، بل يلزم وجوده حقيقة ، وحساً . لذلك ليست الحقوق المجردة ، محلاً للالتزام فى الأصل . وكذلك حق الانتفاع بالشيء ، لم يصح موضوعاً للالتزام إلا استثناء .

ويلزم وجوده حالا ، لا مستقبلا . فلا يصح ، فى الأصل ، بيع الأشياء المستقبلة . وقد طبقوا هذا الأصل ، مع شيء من التعسف ، ولو أنهم قد خففوا من وطأته ، فى بعض الأحوال . وهو لا ينطبق على جميع العقود ، بل راعوا فقط وجوب الأخذ به ، فى العقود التى تأبى الغرر ، كالمعاوضات .

ويشترط أخيراً ، أن يكون محل الالتزام ، معيناً تعييناً كافياً ، وذلك اتقاء للمنازعات . وقد كان هذا الشرط محل عناية خاصة ، وتوسع فى البحث . على أنه يكفى هنا القول ، أن الجهالة قد تكون فاحشة ، أو يسيرة . وأنها تكون فاحشة ، إذا لم يبين الجنس ، الذى يدخل تحته محل الالتزام . وفى الأصل ، يلزم بيان الجنس ، والنوع ، والصفة ، والقدر . على أن الجهالة لا تأثير لها فى التبرعات .

ويلاحظ هنا ، أن ملك الغير . لا يصح محلا للالتزام ، مع تفصيل فى حالة صدور التصرف من فضولى .

٤٣ — **تعدد المحل** — إذا تعدد محل الالتزام ، فلا تستوقفنا ، إلا الحالة ، التى تبرأ فيها ذمة الملتزم . بالوفاء بأحد الأشياء المتعددة . وهو ما يسمونه . فى القوانين الحديثة ، « بالالتزام التخييرى » . وقد وردت هذه الحالة فى الفقه الاسلامى ، فى صورة خيار . وهو ما يسمونه « خيار التعيين » .

ويلاحظ أن القواعد كانت تقضى هنا ، بعدم صحة الالتزام ، للجهالة . ولكن الاحتياجات العملية ، دعت الفقهاء إلى التجوز عنها . وقد قرروا ذلك بصريح العبارة . على أنهم لم يراعوا هذه الاحتياجات ، إلا بالقدر الضرورى . وقد اعتبروا أن الحاجة تندفع ، إذا كان لأحد طرفى الالتزام ، أن يختار بين ثلاثة أشياء . فلم يصححوا الالتزام ، إذا زادت الأشياء على ثلاثة .

أما الخيار ، فقد يكون للملتزم ، وقد يكون للملتزم له . ولمن له الخيار ، أن يختار أحد الأشياء ، فينحصر الالتزام فى هذا الشىء ، ويصبح هو محل الالتزام دون غيره . ولا يشترط فى رأى بعض الفقهاء ، تحديد مدة ، يبدى فيها العاقد رغبته .

وانما تقوم المسائل على أحوال الهلاك . وقد قرروا أنه إذا هلك أحد

الشيئين ، يصبح الآخر محلا للالتزام . وكذا لو تلف أحد الشيئين . ولكن إذا هلك الشيء بين يدى المشترى ، فيعتبر هو دون غيره ، محلا للالتزام .

ويلاحظ أن العقد إذا صحبه هذا الخيار ، لا يولد إلا رابطة ضعيفة ، فهو يصبح « غير لازم » ، كما يقولون ، للعاقد أن يرجع فيه ، ويترك جميع الأشياء لا بعضها فقط . فالعقد يكون ، فى الواقع ، قد وصف بشرط ارادى ضمنى ، وهو ما يسمونه « بخيار الشرط » .

٤٤ — **الأشياء المثلية — المقدرات** — اذا كان يلزم بيان محل الألتزام ، بيانا كافياً ، يتميز به عن غيره من سائر الاشياء ، فان هذا التعيين ، قد لا يجدى فى بعض الأحيان ، وهى التى يكون فيها محل الالتزام ، شيئاً مثلياً ، أى لا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به . فيكتفى لتعيينه بالعد ، أو الوزن ، أو الكيل ، أو الذرع .

ويلاحظ انه من الاشياء ، مايعد ، أو يوزن ، أو يكال ، أو يذرع ، ولا يعتبر ، مع ذلك ، مثلياً ، لانعدامه من السوق . ومما يعتبر قيمياً — الحيوان ، والبناء ، والأشجار ، والثياب . ويلاحظ ايضاً ، انه من الأشياء التى لا تعد ، ولا تقدر ، بطريق ما ، ما يعتبر مثلياً ، لان بعضها يقوم مقام بعض . وهى ما يسمى « بالعروض » .

٤٥ — **الذهب والفضة** — ومن المقدرات صنفان ، يلعبان دوراً هاماً فى المعاملات ، وهما الذهب والفضة . فهما اذا ضربا ، اعتبرا نقودا ، يسهل التعامل بواسطتها . وقد تستعمل بعض المعادن الاخرى ، فى ضرب النقود ، الا انها لن تعتبر ابداً الا نقوداً مساعدة . وهى ما يسمى « بالفلوس » . على ان الفلوس ، لا تعتبر دائما من النقود ، فقد يعتبرها الفقهاء ، فى بعض الاحوال ، مجرد سلع مثلية .

وقد يوجد فى البلد الواحد ، اكثر من نقد واحد . ويذكر الفقهاء مثلا ، الدراهم « الفتحية » ، والدنانير « النيسابورية » . ولن يصح الوفاء فى هذه الحالة ، الا بالنقود الرائجة .

وفى الاصل ، تعتبر نسبة الدينار الى الدرهم ، كنسبة عشرة الى واحد . والدينار من ذهب ، بينما الدرهم من فضة . ويرد كثيراً فى النصوص ، ان محل التعهد ، دراهم وزن سبعة ، وذلك معناه ان العشرة دراهم تزن سبعة مثاقيل من فضة ، أى ما يساوى أربعة قروش مصرية تقريباً . اما عن الفلوس ، فيقولون ، الدرهم الواحد يساوى ثلاثة من الفلوس ونصفا .

ويتبين من النصوص ، أن سعر النقد كثيراً ماكان يتقلب . لذلك نجد فى عبارات الاتفاقات ، ان الدنانير ، يجب ان تكون قيمتها كذا . وقد تهبط كذلك ، قيمة الفلوس ، أو تكسد تماماً .

وفضلا عن هذه التقلبات ، فان كثيراً ما كان يداخل النقود ، بعض الغش . ولذلك هم يقسمون النقود ، الى « زيوف » ، و « ستوقه » أى ما غلب غشه ، و « نبهرجه » أى ما يرده التجار . غير أن هذه الألفاظ ، على كثرة ورودها فى كتب الفقه ، لم يتفق الفقهاء على معانيها ، فقد ذهب البعض الى أن الزيوف تفضل النبهرجه والستوقه .

٤٦ — **(ثالثا) السبب** — ليس بالتشريع الاسلامى ، نظرية للسبب . ولكن ذلك ليس معناه ، أن فكرة السبب منعدمة من المسائل . فان التشريع الاسلامى ، كما قلنا مرارا ، خلو من النظريات . ويلزمنا دائما استنباطها من المسائل .

وفى الواقع ، ان من عناصر الالتزام ، في التشريع الاسلامى ، السبب ، ولو أن ذلك لم يذكر صراحة . والفقهاء ، عند ما يستعملون لفظ « السبب » ،

يقصدون ، فى العادة ، مصدر الإلتزام . وانا نجد مثلا الشروطيين يقولون ، بوجوب ذكر « سبب » الدين ، فى ذكر الحق . وكذلك يشترط ذكر السبب فى الدعوى بالدين .

على أن السبب الحقيقى . لالتزام المشترى بدفع الثمن ، ليس هو عقد البيع ، بل انتقال ملكية الشىء المبيع اليه . هو يلزمه الدفع ، لأنه لا يجوز له أن يجمع بين يديه ، فى نفس الوقت ، الشىء وثمنه ، والثمن هو مقابل المبيع . فهو ، إذا لم يدفع الثمن ، يكون قد أخل بالتوازن ، الذى يرمى العقد إلى تحقيقه . وهذا التوازن هو ، فى نظر الفقهاء ، المعادلة بين المتعاقدين .

ففى الواقع ونفس الأمر ، المقصود من السبب ، هو المعادلة . وقد جاء فى النصوص (الكاسانى ج ٤ ص ٢٠١) أن « المساواة فى العقود مطلوب العاقدين » .

ومن تطبيقات فكرة المعادلة — أنه إذا هلك الشىء المبيع ، قبل التسليم ، يسقط عن المشترى ، الالتزام بدفع الثمن ، ذلك أن الثمن لم يعد له مقابل . وأنه إذا استحق المبيع من المشترى ، له أن يسترد الثمن . وأن البائع لا يلزم بتسليم المبيع ، مادام الثمن لم يدفع .

على أن سبب الالتزام ، ليس دائماً عين ما تعهد العاقد الآخر بتمليكه ، بل هو هذا التعهد نفسه . من ذلك أن الصانع ، الذى تعهد بالاشتراك مع غيره ، بالقيام بعمل ، يستحق الأجرة ، ولو أنه لم يعمل بالفعل . وأن الشريك ، إذا كان قد شرط عليه القيام بعمل ما ، يستحق نصيباً من الربح ، ولو أنه لم يعمل بالفعل كذلك . وفى اجارة الأشياء ، تسلم العين المؤجرة ، سبب لالتزام المستأجر بدفع الأجرة ، ولا يلزم بعد هذا ، أن يكون المستأجر قد انتفع بالفعل ؛ على أنه إذا كان قد منع من الانتفاع ، لسبب خارج عن إرادته ، سقط عنه الالتزام .

وفى التبرعات ، تظهر كذلك فكرة المعادلة ، كسبب لتعهد الواهب . فقد قرر الفقهاء ، أن المفروض فى الواهب دائماً ، أنه يهب ابتغاء عوض ما . ولذلك هو يستطيع الرجوع فى هبته ، إن لم يتحقق ما كان يرمى اليه من العوض ، أو لم يتحقق فى هبته ، أى غرض من الأغراض الأدبية ، التى اعتبرت موانع للرجوع .

وفى غير عقود المعاوضات ، كالوديعة ، أساس التزام المودع ، هو أيضاً ، فكرة المعادلة . ذلك انه يلزم برد الشيء ، لأنه يحوزه ، من غير مقابل معتبر .

وتظهر فكرة المعادلة ، فى الالتزامات غير التعاقدية ، كذلك . ففى الجريمة ، سبب الالتزام بالتعويض ، هو الضرر . والتعويض ليس إلا أحد طرفى المعادلة ، التى اختلت بحصول الأتلاف . ولذلك هو دائماً القيمة ، أو المثل ، فيعود بدفعه ، ما كان قد ضاع على الملتزم له ، على التمام . وهو لذلك واجب على القاصر ، أو المحجور عليه ، بوجه عام .

ولنفس الفكرة ، يستطيع دائماً من أوفى بشيء ، لم يكن واجباً عليه ، أن يسترده . ذلك أن وجوده فى يد من أخذه ، ليس له سبب ، حتى أن المشترى الذى كان يعلم ، أن البائع ليس مالكا ، يستطيع مع ذلك ، استرداد ما دفعه من الثمن ، فى حالة الاستحقاق .

ومن تطبيقات نظرية السبب ، فى التشريع الاسلامى كذلك ، أنه لا يستحق الأجر ، على عمل ، كان واجباً على الملتزم أداؤه . ذلك أنه فى الواقع ، ليس للالتزام بدفع الأجر هنا ، سبب . من ذلك ، أن الزوجة ، لا تستطيع اشتراط الأجر على ارضاع طفلها ، ولا يلزم الزوج بدفع الأجر ، ولو أنه قد تعهد لها بذلك صراحة .

من الثابت إذاً ، أنه لا يصح التزام ، إذا لم يوجد مقابل معتبر ، يتم به التعادل . ولكن المفروض دائماً فى العقود ، أن الالتزامات التى تتولد عنها ، متعادلة . وهذه قاعدة من قواعد التفسير ، لتصحيح العقود .

٤٧ — فاذا كان البائع ، قد اشترى من المشترى ، قبل أن يقبض الثمن ، ما كان قد باعه له ، وتم هذا البيع الأخير ، بثمن أزيد مما كان يجب على المشترى — يكون المشترى ، قد حصل على فضل مال ، لغير ما سبب . ذلك أن الربح لايجوز الا اذا كان هناك اعتبار ، ولو ظاهرى ، للمصالح المتقابله . فاذا رجحت كفة الميزان ، لصالح أحد المتعاقدين ، فى صورة صارخة ، فسد العقد . وهذه هى نظرية الربا .

وفى الواقع ، كيف يتصور تعادل الألتزامات ، فى عقد معاوضة ، اذا كان المتعاقدان ، قد تقايضا شيئين مثليين — مما يكال أو يوزن — من جنس واحد ، فنال احدهما اكثر مما نال الآخر . من الظاهر ، أن الفضل هنا لاسبب له . كذلك الأمر ، اذا كان قد تسلم احدهما المبيع فى الحال ، بينما تعهده هو مؤجل ، والشيئان مثليان من جنس واحد . فمن الواضح ، أن أحد المتعاقدين يستفيد هنا من الشىء المسلم ، بدون مقابل ، الى أن يحل الاجل . وهذا الخلل يظهر ايضاً ، ولو أن الشيئين لم يكونا مثليين ، ماداما من جنس واحد . ويظهر اخيراً ، ولو أن الشيئين من جنسين مختلفين ، ماداما مثليين . وقد حصر الحديث فى هذه الفروض ، الحالات التى يكون فيها التعادل منتفيا بصورة واضحه .

على انه يلاحظ هنا ، ان تيارا جارفا ، قد اتجه نحو التخفيف ، من وطأة ما تؤدى اليه وجهة النظر هذه ، من النتائج الشديده ، فقد يكون للفضل مقابل حقيقى ، وإن لم يكن ظاهراً . وقد اتخذوا للوصول الى تصحيح العقود ،

فى هذه الاحوال ، طرقا شتى ، منهـا بيع الوفاء ، وبيع المرابحه ، والمضاربة . وفى كتب العهد الاخير ، نجد المؤلفين يقرون الأوامر السلطانية ، التى تبيح الفائدة الى قدر معين .

على ان نظرية الربا ، كتطبيق لنظرية التعـادل ، تهيمن ، فى الواقع ، على نظرية الالتزامات ، فى جميع نواحيها . وسنجد لها آثاراً بعيده ، نبينها فى موضعها .

٤٨ — هذا هو التصوير الحقيقى لنظرية السبب فى الفقه الاسلامى . وقد تخيل البعض ، ان السبب فى الفقه الاسلامى . ماهو الا الفائدة التى يتطلبها المتعاقدان ، أو الفائدة المقصودة شرعاً من العقد .

اما الفائدة التى يتطلبها المتعاقدان ، فهى فى الواقع ، شرط من شروط محل الالتزام ، كما رأينا . واما الفائدة المقصودة شرعا من العقد ، فمناسبة الكلام عنها ، نظرية سلطان الارادة . وقد ورد الـكلام عنها فى كتب الفقه ، فى كتاب الاجارة . وقد استقاها منه ، من اراد اظهارها ، كشرط من شروط صحة العقد . وفى الحقيقة ، إن عقد الاجارة لا يصح ، اذا استأجر المستأجر الشيء ، لغير ما وضع للاجارة من الاغراض ، كما اذا استأجر الفرس لا ليركبه ، بل للمفاخرة . ولـكن عدم الصحة هنا ، لا ينبنى على عدم مشروعية الباعث . ذلك أن عقد الاجارة ، لا يصح هو نفسه الا استثناء ، والاستثناء قاصر على ماجرى عليـه العرف . فاذا لم تصح الاجارة ، فى الاحوال التى ذكرناها ، فلأنها قد بقيت على الاصل .

والواقع أن الدافع أو الباعث ، لم يعتبر أبداً عند الفقهاء ، حتى أنهم قالوا ، أن البيع يصح ، ولو أن الغرض الذى سيستعمل فيه المبيع ، غير مشروع .

٢ – آثار الالتزام

٤٩ – **(اولا) آثار الالتزام بالتمليك** – تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد، بلا حاجة إلى أى اجراء آخر. فمجرد الاتفاق، ينقل الملكية إذاً فى التشريع الاسلامى، والفقه الاسلامى لا يعرف الشكلية، التى هى من مميزات التشريع الرومانى، والتى لا يخلو منها كذلك التشريع العبرى. وقد قرر الفقهاء هذا المبدأ العظيم بجلاء، ومن تطبيقاته أن الزيادة فى المبيع قبل التسليم، هى من حق المشترى.

ولكن، بالرغم من ذلك، انتقال الملكية، لا ينتج جميع آثاره كاملة، ما دام التسليم لم يحصل. فان ضمان الهلاك، يبقى على عاتق البائع، إلى وقت التسليم. والمشترى لا يستطيع قبل التسليم، التصرف فى الشىء المبيع، إذا كان منقولا. ويظهر من هذا الحكم الأخير، أن القبض، لم يفقد أهميته تماماً، ولو أن الفقهاء، لا يفسرون شرط القبض هنا، على هذا الوجه.

ونلاحظ أخيراً لاظهار أهمية القبض، أن الالتزام بالتسليم لا يصح فى الأصل مؤجلا، وأن الملكية فى عقد الهبة لا تنتقل إلا بالقبض، وأنه فى عقد الاجارة لا يتملك المستأجر المنفعة إلا آنا فآنا بالانتفاع الفعلى.

٥٠ – **(ثانيا) آثار الالتزام بعمل شىء** – الحكم، فى الأصل، هو التنفيذ المباشر، أى، أن على الملتزم، القيام بعمل عين ما التزم به. وفى النصوص، أن الصانع «يجبر» على صنع ما تعهد به. ولكن إذا لم يقم الملتزم بما أجبره القاضى على عمله، كيف الوصول إلى تنفيذ الالتزام؟

يظهر من بعض النصوص، أنه إذا كان موضوع الالتزام تسليم شىء،

للملتزم له ، أن يلجأ إلى بعض السلطات ، كدار المظالم والمحتسب (انظر الماوردى) . إلا أن تدخل هذه السلطات ، هو فى الواقع ، من الأعمال الادارية . ويلاحظ أن التنفيــــذ القهرى قد يكون مستحيلا استحالة مادية فى بعض الأحوال . فما الحكم فى هذه الأحوال ؟

يظهر أن للملتزم له ، أن يرجع إلى القاضى ، فيستأذنه فى تنفيذ الالتزام ، على نفقة الملتزم ، فينقلب بذلك موضوع الالتزام ، إلى قدر معين من النقود . وهذا الحكم ورد فى بعض الحالات .

على أن النصوص تشعر ، أن الطريق الذى يتبع فى الغالب ، هو استصدار أمر بحبس الملتزم . من ذلك أن للدائن ، أن يحبس الكفيل بالنفس ، إذا لم يحضر المدين فى الأجل المضروب . وكذلك للمودع ، أن يحبس المستودع ، إذا لم يرد ، ما هو مودع لديه .

ولكن ، لا يمكن اعتبار الحبس هنا ، فى الواقع ، سوى وسيلة من وسائل الاكراه على التنفيذ العينى ، وقد يستمر الملتزم ، بالرغم منه ، على اعناته .

٥١ — **انفساخ العقد** — وإذا لم ينفذ الالتزام بعمل شىء ، انفسخ العقد ، من تلقاء نفســه . فإذا قصر المودع مثلا فى حفظ الوديعة ، انقضى العقد . وكذلك فى المزارعة والوكالة . ونص صراحة ، على أنه إذا امتنعت الظئر عن إرضاع الطفل ، سقط العقد .

ولكن ذلك ليس معناه ، أن للملتزم له ، المطالبة بتعويض عما أصابه ، من جراء عدم تنفيذ الالتزام . فالتعويض لا يستحق ، فى الفقه الاسلامى ، نظير ما فات الملتزم له من الربح ، ولا يراعى فى تقدير الضرر ، ما أصابه من الخسارة بالفعل ، إن لم تنشأ هذه الخسارة ، عن هلاك شىء . فلا يعتبر الضرر ، إلا

إذا كان مادياً ، محسوساً . والتعويض لا يكون إلا قيمة الشيء الهالك، أو ما يماثله ، إن كان الشيء الهالك من المثليات .

ويترتب على ذلك ، أنه إذا كان موضوع الالتزام، عمل شيء ، لا يستحق الملتزم له تعويضاً ، عن عدم التنفيذ إلا إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه ، أو بصنعه ، قد هلك ، أو تلف .

وفي هذه الحالة ، لا يشترط لاستحقاق التعويض ، أن يكون قد سبق تكليفٌ بالوفاء .

٥٢ — نظرية الخطأ التعاقدي — ولا يشترط كذلك ، لاستحقاق التعويض ، أن يكون الهلاك قد حصل بسبب خطأ الملتزم . ذلك أن عدم تنفيـــذ الالتزام . يضع الملتزم ، فيما نسميه « حالة إجرام » ، يصبح معها مسؤولا عن الهلاك ، ولو حصل بغير خطئه .

ولكن يشترط ، أن يكون عدم التنفيذ ، راجعاً إلى خطأ الملتزم .

وعدم التنفيذ ، هو عبارة عن مخالفة شروط التعهد ، أوعدم القيام به على الوجه الذي يحدده العرف ، إن لم تكن هنالك شروط صريحة . وفي الأصل، يرجع إلى العرف ، لمعرفة مقدار مايتطلب العمل ، من الحذاقة .

ويلاحظ أنه ، إذا خولفت الشروط ، إلى ما هو خير منها ، في نظر الملتزم له ، لا تعتبر المخالفة إخلالا بالعقد .

* أمثلة لبعض المخالفات — يعتبر الملتزم مخالفاً ، أي مخلا بالتزامه ، في الأحوال الآتية — إذا كان مستأجراً ، ولم يرد الشيء المؤجر إلى المالك ، بعد انتهاء الاجارة . إذا كان مودعا ، ولم يحفظ الوديعة ، هو نفسه ، أو من ينوب عنه شرعا . إذا حمّل المستأجر الدابة ، ما لم تستأجر لحمله ، وكذلك إذا حمّلها متاعا ، وقد كان استأجرها ليركبها .

٥٣ — **القوة القاهرة او الحادث الفجائى** — قلنا ، أن عدم التنفيذ ، يشترط فيه ، أن يكون راجعاً إلى خطأ الملتزم . ويعتبر كذلك ، ما دام لم يمنع من التنفيذ ، قوة قاهرة ، أوحادث فجائى . فخطأ الملتزم ، هو فى الواقع ، فعله ، كما سنبين ذلك ، عند الكلام على نظرية المسؤولية .

فتنتفى المسؤولية ، إذا كان قد منع من التنفيذ ، فعل غيره ، كفعل قوة قاهرة كالآفة السماوية ، أو فعل السلطان ، وهو ما يسمونه « أمر السلطان » ، وعلى العموم ، كل ضرورة ملجئة ، أو عذر ، وكل اكراه ، أو تهديد على النفس ، أو الجسم بما يتلفه ، أو على كل المال . وعلى الملتزم ، عبء اثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائى .

فالمفروض دائماً ، أن السبب فعله . ولكن يلاحظ ، أن الأسباب القاهرة متعددة ، وقد توسعوا فى فهمها .

على أنه يشترط دائماً ، أن توجد هذه الأسباب ، استحالة مطلقة ، تمنع من التنفيذ . فالحريق مثلا لا يعتبر بالنسبة للمودَع ، قوة قاهرة تعفيه من وجوب حفظ الوديعة بنفسه ، إلا إذا كان يحيط بداره . ويشترط أيضاً ، ألا يكون فى الامكان ، دفع هذه الأسباب . فان الجراد الذى يسطو على الزرع ليأكله ، قد يمكن رده ، فاذا أمكن المزارع رده ، ولم يفعل ، كان مسؤولا . ولكن يكفى أن يكون ، فى دفع السبب ، اضرار بمال الملتزم الخاص ، لكى يعتبر هذا السبب ، عذراً معفياً .

٥٤ — وقد توسع الفقهاء ، فى اعتبار الأسباب المعفية ، إذا ما كان العقد إجارة ، أو مزارعة ، أو مساقاة ، وقد سموها « أعذاراً » .

فى هذه العقود ، يعفى الملتزم من القيام بالتزامه ، لمجرد أن تنفيذ التزامه ، قد يلحق به ضرراً . على أنه يشترط هنا ، أن يحكم القاضى بالفسخ .

أمثلة ذلك — إذا أفلس التاجر ، أو احترف حرفة أخرى ، لم يعد ملتزماً باستئجار الدكان ؛ إذ لم تعد له حاجة به ، وفى الزامه باستئجاره ضرر . كذلك المؤجر ، إذا تراكمت عليه الديون ، ولم يكن عنده من المال ، سوى العين المؤجرة ، أمكنه التخلص من التزامه ، لبيع هذه العين فى دينه .

على أن شرط العذر ، أن يكون فى التنفيذ ، ضرر . فاذا كان فى التنفيذ ، مجرد تفويت ربح ، لم يكن الملتزم معذوراً . مثل ذلك ، المؤجر ، اذا وجد من يستأجر العين بأجرة أزيد ، ليس له فسخ الاجارة ، لاجارتها لمن عرض أجراً عالياً . وليس له كذلك فسخها ، إذا بدا له أن يسكنها ، بعد أن أجرها .

ومن أمثلة الأعذار ، فى اجارة الأشخاص — ما إذا مرض العامل ، فان المرض عذر ، يعفيه من التزامه بالعمل . أو إذا كان العمل يلحق به العار ، فى بيئته ، يعتبر هذا أيضاً ، عذراً يمنعه من القيام بالعمل .

وقد اعتبروا أيضاً ، من الأعذار ، زوال الألم الذى ألم بضرس شخص ، بعد أن اتفق على العلاج مع الطبيب . على أن العقد ينقضى هنا ، فى الواقع ، لزوال موضوعه .

وفى الجملة ، تشبه نظرية الأعذار هذه ، ما اتجهت اليه أحكام بعض المحاكم ، فى العهد الأخير ، وسمته « بنظرية الطوارىء » .

٥٥ — **تقدير التعويض** — كما سنرى ، عند البحث فى نظرية المسئولية ، القاعدة فى تقدير التعويض ، أن يكون مساوياً تماماً للضرر الواقع ، فاذا كان الشىء الهالك قيمياً ، كان التعويض عبارة عن قيمته ، وإذا كان مثلياً ، كان شيئاً يماثله .

وفى المسئولية التعاقدية ، إذا أصبح الملتزم مسؤولا عن التعويض ، لهلاك الشىء محل الالتزام ، لم يسأل عما وراء ذلك من الالتزامات ، التى تكون

مترتبة على العقد . ذلك أن العقد قد انقضى .

ففى عقد الاجارة مثلا ، لايكون ملزماً بالأجرة ، وهو ما يقرره الفقهاء إذ يقولون ، « إن الأجر والضمان لايجتمعان » . وهذه الأجرة تسقط ، حتى ولولم يهلك الشيء ، إذا كان عدم التنفيذ ، قد قضى على عقد الاجارة .

٥٦ — **(ثالثا) آثار الالتزامات التى يكون موضوعها قدرا من النقود او اشياء اخرى مثلية** — القاعدة تقضى هنا أيضاً ، بأن يكون التنفيذ مباشراً ، او قهرياً . ولما كانت الأشياء المثلية ، يقوم بعضها مقام بعض ، فان التنفيذ العينى ، يكون متيسراً فى هذه الأحوال ، اذ يبيع القاضى على المدين أمواله ، ويأخذ الدائن مايطالب به ، من الثمن الذى يخرج من البيع .

على أن التنفيذ العينى قد لا يتيسر ، ذلك اذا لم يكن للمدين مال ظاهر ، وفى هذه الحالة ، ليس للدائن ، سوى سبيل الاكراه البدنى ، وهو الحبس .

ولما كان الحبس ، ليس في الواقع ، إلا وسيلة ، يراد بها إكراه المدين على التنفيذ ، نجد الفقهاء يقررون ، أن حبس المدين لا يجوز ، إلا إذا لم يكن معسراً . فالمفروض عند الحكم بالحبس ، أن للمدين مالا ، ولكنه لا يظهره . حتى أن الفقهاء قد وضعوا قرائن ، لاثبات هذا اليسار ، فقالوا أن المدين يحبس ، متى كان الدين ناشئاً عن بيع ، أو قرض ، أو كفالة ، أو نكاح . ذلك لأن إقدامه على هذه العقود يفيد يساره .

وللقاضى أن يمهل المدين ، قبل الحكم بالحبس . على أن الدائن لا يستحق ، فى حال من الأحوال ، تعويضاً ، من أجل التأخير فى الدفع .

٥٧ — ويلاحظ ، أن العقد لا ينفسخ ، لمجرد عدم تنفيذ الالتزام هنا ، كما فى الالتزام بعمل شيء . فقد نصوا على أنه ، إذا انقطعت من السوق ،

الأشياء المثلية التى اقترضها شخص من آخر ، فلا ينفسخ التزام المقترض برد أشياء مماثلة ، وليس للدائن سوى الانتظار . وكذلك لا ينفسخ عقد البيع ، إذا لم يدفع المشترى الثمن ، عند حلول الأجل ، فليس للبائع فى هذه الحالة ، إلا التوسل بالاكراه البدنى ، أو بيع مال المشترى فى دينه .

٥٨ — هذا ، والالتزامات الناشئة عن جرائم ، تدخل فى الغالب ، فى هذا النوع . ولكن قد يكلف المتلف ، فى بعض الأحوال ، باعادة ما أتلفه إلى الحالة التى كان عليها . فالتنفيذ فى هذه الأحوال ، يعتبر عينياً .

٥٩ — ويمكن القول ، بناء على ذلك ، أن ذمة المدين المالية ، هى التى تسأل عن هذا النوع من الالتزامات جميعه ، وللدائنين ، على هذه الذمة ، حقوق متساوية ، يتزاحمون بموجبها ، بنسبة ديونهم ، ما لم يكن البعض ممتازاً على البعض الآخر ، بسبب ما اشترطه من الرهن ، أو خصه به الشرع من حق حبس .

٦٠ — وللدائن تفليس المدين ، وفى هذه الحالة ، تباع أموال المدين جميعها ، وتوفى منها الديون ، لكل دائن ، بنسبة دينه .

وقد تنشأ حالة شبيهة بالافلاس ، عند وفاة المدين ، فهو فى أثناء مرضه الأخير ، لا يستطيع محاباة بعض الدائنين ، على حساب البعض . ولهؤلاء ، ابطال ما صدر منه ، من التصرفات الضارة بهم . ولكن يلاحظ ، أنه ليس لهم ، فى الأصل ، استعمال حقوق المدين ، صيانة لمصالحهم .

٦١ — **فى الاجراءات — (١) فى اجراءات الاكراه البدنى —** لا يجوز الحكم بالحبس ، إلا إذا كان الدين حالا ، وبناء على طلب الدائن . ولا يمكن الحبس لأكثر من ثلاثة شهور .

وإذا لم يدفع المدين ، رغم حبسه ، اعتبر معسراً . والمعسر ، وان لم يجز حبسه ، يمكن ملازمته ، أى مراقبته ، حتى إذا تبين ، أنه قد حصل على مال ، سارع الدائنون إلى اقتسامه .

ويجوز الحكم بالحبس على الوصى ، لدين على الصغير ، نشأ عن جريمة ، ذلك إذا كان مال الصغير ، فى حوزة الوصى .

ويلاحظ أخيراً ، أن المدين المحبوس لا يعتبر مفلساً ، فهو له أن يتصرف فى أمواله كيفما شاء .

٦٢ — (ب) **فى اجراءات نزع الملك** — قد رأينا، أن المدين قد يحبس ، إذا هو لم يدفع ، وكان موسراً . على أن للدائن فى جميع الأحوال ، أن يطلب من القاضى ، بيع أمواله .

والقاضى ، هو الذى يتولى أمر البيع ، ما لم يكن الدائن المرتهن ، قد تحصل على توكيل صريح ، باجراء البيع . وكثيراً ما نجد فى كتب الشروط ، عقود الرهن ، تنص على حق الدائن المرتهن ، فى بيع الرهن ، بتوكيل من الراهن ؛ على أن يكون المرتهن فى هذا ، وكيلا غير قابل للعزل .

ويلاحظ مع ذلك ، أن الشرط الذى يقضى ، بأن الشىء المرهون يصبح عند حلول الأجل ، مملوكا للمرتهن ، شرط غير صحيح . ولا يفيد للوصول إلى هذا الغرض ، التوسل ببيع الوفاء .

٦٣ — لو كان للمدين نقود ، يامر القاضى بتسليمها عيناً للدائن . على أن للدائن ، الاستيلاء عليها ، دون حاجة إلى اذن من القاضى . ويعتبر هذا أثراً من آثار عهد ، كان الحق يؤخذ فيه باليد .

ويلاحظ ، أن التمكن من أخذ المطلوب عيناً ، فى هذه الحالة ، يدل على

أن الأصل فى التنفيذ، أن يكون عينياً. وهذا الحكم قد أخذ به (أبو حنيفة)، ولو أنه لا يرى جواز نزع الملك، لوفاء الديون.

٦٤ — **حقوق الدائنين** — إن الدائنين متساوون فى الحقوق، فى الأصل. ولكن إذا كان لأحدهم رهن، أخذ دينه من ثمن الرهن. بالامتياز على باقى الدائنين. وكان له أيضاً حق حبس الرهن.

وحق الحبس مقرر أيضاً شرعا:

(١) لمصلحة الصانع — ولكن يشترط أن يكون لعمله. أثر محسوس فى الشىء الذى يحبسه. لذلك، ليس لمن حمل شيئاً. حق حبس هذا الشىء، حتى يستوفى أجرة حمله.

(٢) لمصلحة البائع — إذا لم يدفع المشترى الثمن. وللبائع حق حبس المبيع. ولو أن المشترى قد أفلس. أو مات.

(٣) لمصلحة الوكيل بالشراء — إذا كان قد دفع ثمن الشىء، من ماله الخاص. فهو يحبس الشىء المشترى، إلى أن يحصل على ما دفعه. من الموكل.

(٤) لمصلحة صاحب العلو إذا بنى السفل — فلصاحب العلو. أن يمنع صاحب السفل. من سكناه. ما دام لم يؤد له ما أنفقه. وله، بعد استئذان القاضى. أن يؤجر السفل. ليحصل على دينه، من الأجرة.

(٥) لمصلحة من وجد اللقطة — فهو له حبسها إلى أن يدفع له المالك، ما يستحقه.

وحق الحبس، يخول الدائن. الحق فى حفظ الشىء. إلى أن يستوفى دينه؛ وفى بيعه، وأخذ دينه، بالامتياز، من ثمنه. وإذا تبقى شىء من الثمن، بعد أخذ الدين، رجع هذا الباقى. إلى ذمة المدين المالية.

٦٥ - **(ح) فى اجراءات الافلاس** — للدائن، أن يطلب تفليس مدينه. ولا يشترط فى تفليس المدين، سوى أن يكون له مال. والقاضى هو الذى يشهر الافلاس. أما الغرض من الافلاس، فهو منع المدين من تبديد ماله، أو محاباة بعض الدائنين، على حساب البعض الآخر.

ذلك أنه بعد الافلاس، لا يستطيع المدين، التصرف فى ماله، تصرفاً ضاراً بدائنيه. فهو لا يستطيع أن يهب، أو يبيع بغبن. وإذا فعل ذلك، كان تصرفه غير نافذ. على أن هذا البطلان نسبي. فالتصرف صحيح بالنسبة لمن صدر له. ولهذا الأخير، أن يتمسك به، متى ما أوفى المدين، بجميع ديونه للدائنين.

ويلاحظ، أن الحجر لا ينصب إلا على الأموال، التى تكون موجودة وقت الافلاس. وهذه الأموال، يبيعها القاضى، ويوزع ثمنها على الدائنين، بنسبة ديونهم. ولا امتياز للبائع، الذى لم يدفع له الثمن، على الشيء المبيع.

وقد نصوا، على أن للمفلس، أن يتقاضى نفقته، من المال المحجور عليه (التفليسة).

٦٦ — ويشبه بالمفلس، المريض مرض الموت. فهو لا يستطيع التصرف فى أمواله، تصرفاً ضاراً بدائنيه، ولا يستطيع محاباة بعض الدائنين دون بعض. ومن ذلك، أنه إذا استخدم عاملا، لا يصح دفعه له الأجرة، بل يكون العامل، اسوة غيره من الغرماء. ولا يصح، أن يوفى بدين أحد الدائنين، دون باقى الديون، ما لم يكن هذا الدين، ناشئاً عن قرض، عقده فى حالة المرض، أو ثمن شيء اشتراه فى حالة المرض. وإذا أقر بديون، اثناء مرضه، لا تدفع هذه الديون، إلا بعد حصول الدائنين الآخرين على ديونهم، مالم يكن للديون المقر بها، أسباب ثابتة. ويشترط فى هذا كله، أن يكون قد اتصل الموت فعلا بالمرض.

٦٧ — وعند وفاة المدين يتحدد نهائياً ماله وما عليه ويتكوّن من أمواله مجموعة، تشبه مجموعة أموال المفلس. فيبيعها القاضى، ويوزع ثمنها بين الدائنين، بنسبة ديونهم. ولكن يشترط فى هذا، أن يكون ما على المتوفى، أكثر مماله.

ولذلك تعتبر تصرفات الورثة، فى هذه الحالة، غير نافذة. فهم لا يستطيعون حتى ولا تسلم الوديعة من المودع، ولا ما كان يجب دفعه للمورث من النقود. على أنهم إذا اوفوا بديون التركة يستطيعون التصرف فى الأموال، تصرف الملاك.

٣ — احكام الالتزام الموصوف باجل او بشرط

٦٨ — **(أولا) الاجل** — **(ا) فى التمليكات** — الالتزام بالتمليك، فى الأصل، لا يرد عليه الأجل. فلا يصح بيع شيء بعد سنة مثلا. ولكن يصح مع ذلك، تأجيل الالتزام بالايجار، بأن يكون للمستأجر، الحق فى المنفعة، بعد سنة مثلا، لا قبل ذلك.

(ب) فى الالتزامات بالتسليم — هذه الالتزامات، كالتمليكات، لا يصح اتصافها بالأجل، إذا كان محلها عيناً معينة. وعلى ذلك، يكون الالتزام بالتسليم، دائماً حالا.

(ح) فى الالتزامات النقدية — تصح هذه الالتزامات، فى الأصل، مؤجلة. ولكن الدين الناشيء عن عقد قرض، لا يكون أبداً إلا حالا، كذلك الدين الناشيء عن الاقالة من البيع.

ويلاحظ، أن الالتزام بالتمليك، أو بالتسليم، يفسد هو نفسه، إذا لحقه

الأجل. وليس للدائن فى هذه الأحوال، المطالبة بالشىء، لا مستقبلا، ولا حالا. بينما الالتزام بدفع مبلغ من النقود، لا يفسد. إذا لحقه الأجل، فى الأحوال التى لا يصح فيها الأجل، وغاية ما يترتب على بطلان الأجل، وقوع الالتزام حالا.

٦٩ — والأجل — فى الأحوال التى يصح فيها — يعتبر دائماً فى مصلحة المدين. ولذلك يستطيع المدين، التنازل عن الأجل متى شاء، فيجبر الدائن على قبض دينه معجلا. ولا يستطيع المدين، بعد الوفاء، استرداد ما دفع معجلا.

ويلاحظ أنه، إذا كان الثمن، فى عقد البيع، قد روعى عند تقديره وجود الأجل، يتعين، إذا حصل الوفاء معجلا، أن يستنزل شىء من الثمن، بالنسبة. ولكن لا يصح الاتفاق، على التنازل عن بعض الدين، فى مقابل الوفاء به معجلا.

٧٠ — ويعتبر الالتزام المؤجل، قائماً فى اثناء الأجل. ولذلك يحق للملتزم له، مقاضاة الملتزم، بقصد اثبات حقه، ولو لم يحل الأجل. ذلك أن التأجيل يؤخر فقط، تنفيذ الالتزام. وفى الأصل يعتبر، أن من منح أجلا، متبرع.

والأجل، قد يكون معيناً، أو غير معين. وقد تكون جهالة الأجل فاحشة، أو يسيرة. فاذا تعهدت بأن اوفى إلى الحصاد، تعتبر الجهالة يسيرة. وإذا تعهدت بأن ادفع عند ما تمطر السماء، أو عند وفاة فلان، تعتبر الجهالة فاحشة. وهذه الجهالة، تفسد العقد المقترن بالأجل، ما لم يكن العقد، عقد كفالة، أو ما لم يكن الأجل ممنوحاً بعد العقد. فى الحالتين الأخيرتين، لا تؤثر الجهالة فى الأجل، ما لم تكن فاحشة، فيبطل.

٧١ — وفى حساب الأجل ، لا يدخل اليوم الأخير. فيعتبر الأجل منقضياً عند حلول اليوم الأخير ، ولا ينتظر انقضاء هذا اليوم الأخير .

ويسقط الأجل بموت المدين . وهذه القاعدة عامة ، ومبنية على فكرة عدم انتقال الالتزام إلى الورثة بسبب الموت . ولكن لا يسقط الأجل بموت الدائن .

٧٢ — **الفقه العملى** — إن الحكم بعدم صحة الأجل فى أكثر الأحوال ، أوجد صعوبات فى العمل ، حاول الفقهاء علاجها . عن طريق الفقه العملى . وفى كتب الحيل ، يظهر أثر هذا الاتجاه ، لاسيما فى سبيل الوصول إلى تصحيح الأجل ، فى عقد القرض .

وهناك فى نص ورقة من الأوراق البردية ، محفوظة بمتحف برلين تحت رقم ٨٠٠٧ — وقد عثروا عليها فى الفيوم ، ويرجع تاريخها إلى سنة ٤٠٤ هـ — ذكر للأجل ، حيث يمنح الدائن فيها للمدين ، أجلا ، للوفاء بما ترتب فى ذمته ، تعويضاً عن اتلاف . ومن المعلوم ، أن الدين الناشىء عن اتلاف ، لا يصح تأجيله فى رأى (زفر) . فيكون المتعاقدون فى هذه الورقة ، قد اتبعوا ظاهر المذهب . (انظر مجموعة متحف برلين ص ٣١) .

٧٣ — والتعليل النظرى لابطال الآجال فى أكثر الأحوال ، نجده فى فكرة التعادل . ذلك أن الأجل يعتبر فى الواقع ، منفعة بلا مقابل . وهذا ظاهر فى الالتزام بالتمليك وبالتسليم . ولما كان على المقترض أن يرد إلى المقرض ، قدراً مساوياً لما اقترضه لا أكثر ، خوفا من الربا ، كان من المتعين ، أن يكون للمقرض الحق ، فى أخذ البدل فى أى وقت ، وإلا كان الأجل حتما زيادة منفعة ، لا مقابل لها . على أنا قد رأينا ، أنه فى عقد البيع ، قد يراعى عند تقدير الثمن ، أنه لن يدفع حالا .

٧٤ — **(ثانياً) الشرط** — المقصود بالشرط هنا ، كل أمر مستقبل وغير محقق ، يعلق عليه وجود الالتزام أو انقضاؤه . ولذلك هو يكون تارة توقيفياً ، وتارة فاسخاً . ويشترط أن يكون هذا الأمر ، من الممكن وجوده ، لا مستحيل الحصول .

على أن الالتزامات الناشئة عن عقود تمليكات ، لا يصح تعليقها على الشرط . ذلك أن التعليق يفسد هذه العقود . أما فى حوالة الدين ، والكفالة فان التعليق يصح ، ما دام الشرط ملائماً للعقد ، فيجوز مثلا تعليق كفالتى ، على استحقاق الشيء المبيع من المكفول عنه . ولكن لا يفسد الشرط غير الملائم ، عقد الوكالة ، بل يبطل أثره هو ، إن كان غير ملائم .

وفى الأصل أيضاً ، لا يصح تعليق عقود التمليكات ، على شرط فاسخ . ولكن مع ذلك ، فقد يشترط البائع ، أنه إذا لم يدفع المشترى الثمن فى مدى ثلاثة أيام ، ينفسخ العقد . وقد قالوا صراحة ، أن الفسخ هنا ، قد تعلق على شرط .

٧٥ — والسبب فى عدم تصحيح الالتزامات الشرطية ، يرجع إلى الرغبة فى الابتعاد ، عن كل ما من شـــأنه إيجاد الغرر ، وعدم الاستقرار فى المعاملات .

ولكن ، استثناء من هذا المبدأ العام ، قد صحح الفقهاء ، الالتزام المعلق على شرط توقيفى ارادى بحت ، إذا نص عليه المتعاقدون عند العقد ، أو بعده مباشرة . والغرض من هذا الشرط ، هو توفير الفرصة على المتعاقدين ، لكى يمعنوا التفكير ، قبل الارتباط نهائياً ، بقيود التعاقد . وهو ما يسمونه « بخيار الشرط » .

٧٦ — **آثار هذا الشرط أثناء تعلقه** — إذا اقترن العقد بشرط

ارادي بحت ، لم يتوقف حكمه ، إلا بالنسبة للمتعاقد ، الذى اشترط الشرط لنفسه. وينشأ عن ذلك ، أن العقد يكون ذا أثر ، بالنسبة لأحد الطرفين ، لا أثر له ، بالنسبة للآخر . أما إذا كان الشرط ، قد اشترطه كل من الطرفين لنفسه ، فالعقد لا يكون له أثر مطلقاً ، أثناء تعلق الشرط . وهذا هو الأصل .

لذلك ليس للبائع المطالبة بالثمن ، إذا كان التزام المشترى معلقاً على هذا الشرط . وكذلك ليس للمشترى . المطالبة بتسليم المبيع ، إذا كان تعهد البائع موصوفاً بهذا الشرط . ذلك أن البائع ، إذا كان تعهده شرطياً ، يبقى هو المالك للمبيع ، مادام الشرط لم يتحقق ؛ ولكنه لا يستطيع مطالبة المشترى بالثمن . وعلى العكس ، يعتبر المشترى الذى قبل البيع تحت شرط ، مالكا للمبيع ، دون أن يكون ملزماً بدفع الثمن .

وهذه النتيجة الغريبة لم ترق (لأبى حنيفة) ، ذلك أنها تؤدى إلى أن يجتمع فى يد المشترى ، الشىء ، وثمنه . ففى رأى (أبى حنيفة) ، يخرج الشىء من ملك البائع ، لكنه لا يدخل فى ملك المشترى . ولكن ، من يكون المالك ، فى هذه الحالة ؟

وقد ورد فى غير ظاهر الرواية ، أن البائع لا يكون ملزماً ، فى هذه الحالة . بتسليم المبيع ، وإذا سلمه يستطيع اجبار المشترى ، على دفع الثمن ، رغم أن تعهد المشترى شرطى . ومن جهة أخرى ، يستطيع المشترى ، إذا دفع الثمن إلى البائع ، أن يطالب البائع بتسليم المبيع ، ولو أن تعهد البائع شرطى ، حتى إذا ما أبى البائع ، استرد المشترى ما دفعه .

وفى الواقع ، سبب الاشكال هنا ، أنهم اعتبروا العقد قائماً ، على ارادة واحدة ، وذلك شذوذ ، أدى الى هدم التعادل بين المتعاقدين ، كما رأينا .

ومن آثار هذا الشرط أثناء تعلقه ، أن الشفعة لا يصح طلبها ، مادام الشرط

الذى اشترطه البائع ، لم يتحقق ، ولكنها تطلب ، اذا كان الشرط قد اشترطه المشترى .

والمشترى ليس له الانتفاع بالعين المشتراة ما دامت معتبرة مملوكة للبائع ، وكذا الأمر فى الاجارة .

واذا هلك الشيء فى يد المشترى ، وكان قد قبضه ، رغم أن تعهد البائع شرطى ، يهلك على المشترى ، تطبيقا للنظرية العامة فى الضمان . ولذلك لا يلزم بدفع الثمن . أما إذا كان الشرط . قد اشترطه المشترى ، فالهلاك يكون عليه ، لأنه مالك . ومن المعلوم ، أنه يجوز له ، رغم أن تعهده شرطى ، دفع الثمن ، ولكن لا يصح اجباره ، فى الأصل .

٧٧ — *آثار الشرط عند تحققه* — لا يظهر أثر العقد ، إلا عند تحقق الشرط . ولكنه يعتبر مع ذلك حاصلا من تاريخ صدور العقد .

فللشرط إذاً ، أثر رجعى . ويدل على ذلك ، أن المشترى يعتبر مالكا للمبيع ، من تاريخ حصول العقد . ولذلك تكون الزيادة الحاصلة ، فى أثناء تعلق الشرط ، مملوكة له . وأن حق الشفعة يسقط ، اذا لم يطالب بها صاحبه ، عند حصول العقد ، وقبل تحقق الشرط . وأن محل العقد ، يشترط وجوده ، عند انقضاء العقد ، ولا يشترط وجوده ، عند تحقق الشرط .

واذا كان الشرط قد اشترطه المشترى ، فان تحققه يخول البائع الحق فى المطالبة بالثمن ، ولكن اذا كان هناك أجل لدفع الثمن ، فلا يبدأ سريان هذا الأجل ، إلا من تاريخ تحقق الشرط .

أما عند تخلف الشرط — فاذا كان قد اشترطه البائع — يبقى البائع مالكا كما كان ، فاذا كان قد قبض الثمن ، يلزمه رده . أما اذا كان قد اشترطه

المشترى ، فلا يدفع المشترى الثمن ، ويعود الشيء الى ملك البائع ، كما لو لم يكن قد انتقل ملكه .

٧٨ — **كيف يتحقق الشرط؟** — يعتبر الشرط متحققا ، اذا لم يبد الملتزم ، بحضور الملتزم له ، وفى مدة أقصاها ثلاثة أيام (فى رأى أبى حنيفة وفيما عدا الكفالة والحوالة) رغبته فى عدم التعاقد . فاذا أبدى هذه الرغبة، يعتبر الشرط متخلفاً ، بغير حاجة إلى حكم القضاء ، ويظل العقد عندئذ معدوم الأثر ، كأن لم يكن .

وعلى العكس ، يكفى فى اعتبار الشرط متحققاً ، مجرد السكوت عن إبداء رغبة ما . فلا يشترط إذاً التصديق صراحة على العقد ، ذلك أن مجرد انقضاء الأجل ، يعتبر فى الواقع تصديقاً ، وكذلك بمجرد وفاة الملتزم ، دون ابداء رغبته . ومن البديهى ، أن التصديق الصريح فى الأجل ، يعتبر بالأولى تحقيقاً للشرط ، وكذلك التصديق الضمنى ، كما لو تصرف أحد المتعاقدين فى المبيع ، أو انتفع به لنفسه . ويؤدى هذا الحكم ، إلى حماية الغير من أثر الشرط ، وقد يجهلونه .

ويلاحظ أخيراً ، أن هلاك الشيء ، أو تلفه ، أو تغير شكله ، يعتبر بمثابة التصديق ، فيتحقق بهذه الأسباب ، الشرط حتما .

٤ — انقضاء الالتزام

٧٩ — (١) **فى الوفاء** — الوفاء هو الطريق الطبيعى لتخلص الملتزم من التزامه ، وانحلال رابطة الالتزام . وقد قال الفقهاء عند تصويرهم للوفاء ، أنه عبارة عن عقد ، فالموفى عندهم بمثابة من يبيع ، هو يبيع ما يسلمه

من الأشياء بالفعل ، فى مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به .

ويلاحظ أن هذا التحليل لا يرد إلا على الالتزامات النقدية ، أو ما فى حكمها . وطبقا لهذا التصوير ، يكون ماهو مطلوب من الملتزم ، قيمة مجردة ، بينما أن ما يدفعه هو أشياء معينة .

ولذلك هم يقولون ، أن الوفاء فى هذه الأحوال ، لا يقضى على الدين نفسه ، ذلك ان ما دفع ليس هو الدين نفسه ، ولا يترتب على الوفاء سوى وقوع مقاصة بين مادفع ، وما كان واجباً دفعه . وبحصول المقاصة تمتنع المطالبة فقط ، ويبقى الدين قائماً . أما أن المطالبة تمتنع ، فلانه لا فائدة ترجى من مطالبة الدائن بما هو واجب ، إذ يستطيع المدين عند ذلك أن يسترد هو بدوره ما قبضه الدائن ، ولا فائدة كذلك من مطالبة المدين باسترداد مادفعه بالفعل ، لأنه باسترداده يصبح مهدداً بمطالبة جديدة .

وهذا التحليل على دقته ، لا يخلو من الآثار العملية . من ذلك أن الدائن يستطيع الابراء من الدين بعد حصول الوفاء ، لأن الدين لم ينقض بالوفاء ، فيصادف ابراؤه محلا . وتظهر فائدة هذا الابراء إذا ما كان الموفى غير المدين ، فانه يستطيع بعد هذا الابراء ، أن يرجع على الدائن بما كان قد دفعه له .

٨٠ — **(أولا) طرفا الوفاء** — يصح الوفاء عن الغير ، ولكن ليس لمن يوفى دين غيره ، الرجوع على المدين بما وفى . على أن وفاءه يبرىء بالفعل ذمة المدين ، ولكن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء من غير المدين .

ولا يشترط أن يكون الموفى تام الأهلية للتصرف . فالقاصر المميز يستطيع الوفاء .

ويجب أن يتم الوفاء للدائن نفسه ، وإذا حصل الوفاء للغير لا يكون الوفاء مبرئاً ، ما لم يكن هذا الغير وكيلا . ويجب الوفاء للوكيل ، ولو أن المدين

يدعى أنه قد سبق له أن اوفى الدينّ للدائن . وليس للمدين فى هذه الحالة ، سوى الرجوع على الدائن ، بعد دفع الدين للوكيل المدعى . وهذا الحكم تقضى به نظرية الدعوى .

والوفاء لناقص الأهلية ومن فى حكمه ، لايبرىء المدين ، ما لم يستفد الموفى له من هذا الوفاء .

٨١ — (ثانيا) الموفى به — يشترط فى الموفى به أن يكون نفس الشىء المطلوب ، ولا يصح للملتزم له المطالبة بشىء آخر أو بقيمة الشىء المطلوب. وليس للملتزم كذلك أن يرغم الملتزم له على قبول شىء آخر غير محل الالتزام ، ما لم يكن هذا الشىء من صنف أجود مما اتفق عليه . ويلزم الوفاء بجميع المطلوب ، ما لم يكن المدين معسراً ، فيصح الاجتزاء ببعض المطلوب .

وإذا كان محل الالتزام مبالغ من النقود ، يجب أن يتم الوفاء بالنقد النافق . وإذا كان قد إنتاب الفلوس تقلبات — صعود أو هبوط — فالمدين يبرأ إذا وفى بالنقد وبالقدر المتفق عليهما فى العقد ، ولا ينظر إلى القيمة الحقيقية لما يدفعه من النقد . ولكن إذا كسد النقد المتفق عليه كساداً تاماً ، فلا يصح اداة للوفاء ، ويرجع فى هذه الحالة إلى قيمة المبلغ المتفق عليه ، قبل الكساد مباشرة .

٨٢ — (ثالثا) زمانه ومكانه ونفقة الوفاء — اذا كان قد اتفق على أجل معين ، يستطيع المدين رغم الأجل الوفاء معجلا . ويصح الاتفاق على انه ، إذا لم يدفع قسط عند حلول أجله ، يصبح المبلغ جميعه حالاً .

أما مكان الوفاء ، فهو فى الأصل ، المكان الذى تم فيه العقد ، وهذا مذهب الصاحبين . والمفروض فى هذه الحالة ، ان محل الالتزام من الأشياء التى لحملها مؤنة . أما إذا لم يكن كذلك ، فلا أهمية لتعيين مكان الوفاء ،

ويصح الوفاء أينما وقع . ومكان الوفاء بالنسبة للمقترض ، هو مكان قبض القرض ، ولكن التزام المستودع بالرد ، يوفى به فى محل المستودع .

ويلاحظ ، انه لا يصح الاتفاق ، على وجوب تسليم العين المعينة فى مكان خاص ، وهذا الحظر يمت بصلة إلى حظر التأجيل ، فى هذا النوع من الالتزامات . ولكن الفقهاء ، قد أجازوا استحساناً ، الاتفاق على وجوب تسليم العين المعينة ، فى محل الملتزم له ، اذا كان هذا المحل ومحل الملتزم فى نفس البلد . وعلى العكس ، يجوز دائماً الاتفاق ، على مكان يدفع فيه الثمن ، ما دام فى هذا التعيين فائدة . ولكن لا يصح مثل هذا الاتفاق فى عقد القرض ، مع إستثناء السفتجة .

أما نفقات الوفاء ، فيتحملها الملتزم .

٨٣ — **(رابعاً) فى خصم الديون** — فى الأصل ، يعين المدين الدين الذى يخصم منه مقدار ما دفعه ، ويحصل تعيينه هذا عند الوفاء ، أو بعده . ولكن للدائن أن يرفض هذا التعيين عند الوفاء ، وفى هذه الحالة يخصم المدفوع من جميع الديون ، بنسبة كل دين . وهذا هو الحكم ، إذا كان يجب عليه مائة مثلا بموجب عقد بيع ، ومائة بموجب عقد كفالة .

ولا يكون لتعيين المدين أثر كذلك ، اذا كان الدينان من جنس واحد ، ويتم الخصم بالكيفية التى ذكرناها .

٨٤ — **(٢) فى الوفاء بمقابل** — قد يقبل الدائن بدلا من دينه شيئاً آخر . وهذا هو ما يسمى فى القوانين الحديثة : « الوفاء بمقابل » . وقد ذكر هذا النوع من الوفاء ، فى كتب الفقه ، على انه بيع ، أو اجارة ، حسب الأحوال . وقد يتخذ فيها أيضاً ، صورة عقد النكاح .

وعلى ذلك يتأتى فى الفقه الاسلامى ، أن يكون مقابل الوفاء التزاماً ، كما هى الحال فى الفقه الالمانى ، بينما تشترط القوانين الحديثة ، أن يكون مقابل الوفاء عيناً معينة .

واذا قبل الدائن عينا معينة بدلا من دينه ، يكون دينه عبارة عن ثمن ، والشيء المعين عبارة عن مبيع .

وينقضى الدين فى جميع هذه الأحوال ، كنتيجة للمقاصة ، التى تقع بين الدينين . على ان الوفاء بمقابل يتميز عن المقاصة ، فى أن الدين الآخر فى الوفاء بمقابل ، هو دين حكمى بحت .

٨٥ — وهذا التصوير للوفاء بمقابل ، يؤدى إلى النتائج الآتية : فاذا لم يصح الدين ، لانعدام سببه ، أو لصوريته ، يبقى البيع قائما . ولا مراء فى أنه لو كان الأمر مجرد وفاء ، لبطل هذا الوفاء . وعلى العكس ، إذا فسخ البيع قضاء ، لعيب فى المبيع ، عاد الدين إلى أجله .

ويلاحظ أخيراً ، انه ليس لوكيل الدائن ، أن يقبل عنه شيئاً ، فى مقابلة الوفاء .

٨٦ — (٣) **المقاصة — طبيعتها** — قد صور بعض الفقهاء المقاصة ، على أنها ابراء من الدين بمقابل ، وهى فى رأى البعض ، عبارة عن « شبه عقد » . ولكن النظر السائد ، على أنها عبارة عن وفاء حكمى .

ويلاحظ ، أنهم لم يحللوا المقاصة ، على أنها تتضمن وفاء دينين ، فى نفس الوقت ، كما فعل علماء القوانين الحديثة . فهى فى نظر الفقهاء ، تنطوى على وفاء دين واحد ، وهو الدين السابق فى التاريخ . فيعتبرون أن صاحب هذا الدين قد أوفى له بدينه ، بتنازل الدائن الآخر عن دينه ، أما هذا الدائن

الآخر ، فهو لن يستطيع ، بعد المقاصة ، المطالبة بدينه ، لأنه ، كما رأينا ، تنازل عن حقه . ولهذا التصوير النظرى ، بعض النتائج العملية .

٨٧ — **شروط المقاصة** — المقاصة فى الفقه الاسلامى حتمية . وتستنتج هذه القاعدة الهامة بجلاء من الحلول . ويظهر أن نشوء هذه القاعدة ، لم يعترضه صعوبات ، وذلك لأنه من المقرر فقها ، أن للدائن أن يأخذ حقه ، دون استئذان أحد ، اذا ظفر بما هو من جنسه .

ويشترط لوقوع المقاصة الحتمية توافر الشروط الآتية :

(أولا) أن يكون محل كل من التعهدين ، أشياء من جنس واحد ، ومن صنف واحد . فاذا كان محل أحد الدينين ، اشياء من صنف أجود ، لا تقع المقاصة . على انه لا يؤبه لرفض الدائن ، اذا كان مايطلبه هذا الدائن ، هو الصنف الأردأ ، ذلك أن للمدين ، أن يفرض على دائنه . الوفاء باشياء من صنف أجود ، كما رأينا .

(ثانياً) أن يكون الدينان فى قوة واحدة . فدين النفقة دين ضعيف ، لأنه يسقط بمضى مدة قصيرة ، فلا تقع المقاصة اذاً ، بينه ، وبين دين عادى . وهنا كذلك ، لا يعتبر اباء صاحب دين النفقة .

(ثالثاً) أن يكون الدينان حالّين .

٨٨ — ويستثنى من القاعدة المتقدمة حالتان ، لا تقع فيهما المقاصة ، رغم توفر جميع شروطها .

الحالة الأولى : إذا كان للمستودع دين على المودع ، لا يجوز للمستودع الاستيلاء على الوديعة ، ولو أنها من جنس ومن صنف ما يطلبه من المودع .

الحالة الثانية : اذا كان للمغتصب دين على المالك ، وتوفرت ظروف الحالة الأولى .

وفى جميع الأحوال ، التى لا تتأتى فيها المقاصة الحتمية ، يجوز للطرفين الاتفاق على التقاصّ ، مع مراعاة وجوب الابتعاد عن شبهات الربا . ويشترط فى حالتى الوديعة والغصب ، أن يكون الشيء ، فى حوزة الوديع أو الغاصب ، وقت حصول المقاصة الاتفاقية .

٨٩ — (٤) **اتحاد الذمة** — إذا مات الدائن ، وكان وارثه المدين ، حل هذا الأخير محل مورثه ، فى ملك ما تركه ، ويصبح هو بذلك مديناً لنفسه . ولما اجتمعت هنا صفتا دائن ومدين فى نفس الشخص ، انقضى الالتزام لعدم الفائدة .

وهذا هو ما يحصل ، اذا ورث الكفيل الدائن ، أو ورث المحال عليه المحال .

٩٠ — ولكن لا يحصل اتحاد فى الذمة ، اذا مات المدين ، وكان الدائن وارثه . ذلك انه يحول هنا دونه ، مبدأ عدم انتقال الالتزامات إلى الورثة . فالتركة هى التى تسأل فى الفقه الاسلامى عن ديون المورث ، بما فيها دين الوارث . فلم يصبح هنا الوارث ، دائناً ومديناً ، فى نفس الوقت . وعلى ذلك إذا لم يكن بالتركة مال ، يكفى لسداد جميع الديون ، يتزاحم الوارث مع باقى الدائنين بنسبة دينه ، فدينه اذاً ، لم ينقض باتحاد الذمة .

٩١ — ومع ذلك قد يحصل أن تتحد الذمة فى شخص الدائن . فقد ينتقل اليه كل مال المدين ، وتستمر فى شخصه شخصية المدين . من ذلك : اذا أصبح الدائن مالكا للعبد المدين ، ينقضى دين العبد باتحاد الذمة ، ولا يعود هذا الدين ، ولو فسخت الهبة التى نقلت ملكية العبد .

ويلاحظ اخيراً ان اتحاد الذمة لا يكون إلا جزئياً ، اذا تعدد الورثة .

٩٢ — (٥) **الابراء من الديون — طبيعته** — فى الاصل ، لايشترط قبول المدين ليصح الابراء ، ولكن يظهر أن قبوله مفترض فى جميع الأحوال ، ولذلك يسقط الأبراء اذا قرر المدين صراحة انه لا يقبله . على انه لا يستطيع رفضه ، اذا صدر مايدل على القبول قبل الابراء أو بعده .

ويلاحظ مع ذلك ان الكفيل والمحال عليه ، لا يستطيعان رد الابراء فى حال من الأحوال .

ومما يدل على أن الابراء هو فى الواقع ، اتفــــاق بين ارادتين ، انهم قد قاسوه على عقد التمليك ، فمنعوا تعليقه ، أو اقترانه بشرط غير ملائم .

٩٣ — وقد يتشكل الابراء فى صورة صلح أو هبة . اما الصلح ، فلا يكون فى الواقع الا ابراء جزئياً ، اذا كان المصالح عنه والمصالح به من جنس واحد ؛ ويكون عبارة عن وفاء بمقابل ، اذا كان الجنس مختلفاً . على انه فى الحالتين يتضمن الصلح التنازل عن بعض الحق . اما هبة الدين ، فلا تصح الا اذا كان الموهوب له هو المدين ، وقد اعتبروها ابراء اخذاً بالمعنى دون اللفظ ، فلم يشترطوا لذلك قبول المدين الصريح . على أن هذا الحكم ، هو ما استقر عليه المذهب ، بعد جدل .

ويلاحظ اخيراً ، أن الابراء لا يرد الا على الالتزامات النقدية ، أو ما فى حكمها . اما الأعيان المعينة فلا يرد عليها الابراء . والتنازل عن بعض الحقوق ، كالخيارات ، يسمى اسقاطاً ، ويختلف تماماً عن الابراء .

٩٤ — **شرط الابراء** — لا يصح الابراء الا بعد وجود الدين . على انه يكفى أن يكون الدين احتماليا . من ذلك ، أن للكفيل أن يبرىء الاصيل ، ولو لم يوف بعد بما كفله للدائن ، وكذلك للمؤجر أن يبرىء من الأجرة التى تستحق ، اذا حصل الأنتفاع . ولكن لا يجوز أبداً الابراء عن دين مستقبل لم يولد بعد .

٩٥ — **آثار الابراء** — بالأبراء ينقضى الدين ، ويسقط من ذمة المدين . والمفروض فى البراءة من الدين انها نشأت عن وفاء ، اما الأبراء فلا يفترض .

وقد عثرنا على نص براءة ناشئة عن الوفاء ، فى ورقة بردية محفوظة بمتحف برلين تحت رقم ٨٠١١ فيوم • ويرجع تاريخها الى سنة ٣٨٢ هـ . وقد صرح فيها المتعاقدون أن البراءة « براءة قبض واستيفاء » (انظر مجموعة متحف برلين ص ٢٥ — ٢٦) .

٩٦ — (٦) **التقادم** — التقادم أومضى الزمن ، ليس من أسباب انقضاء الألتزامات ، فى الأصل . واذا كان للزمن أثر فى سقوط بعض الحقوق فى المسائل الجنائيـــة ، فان مبدأ خلود الحق ، بقى سليما فى مسائل الألتزامات . هذا هو حكم الفقه الأسلامى الصحيح ، ولذلك نجد المسؤلية المدنية عن الجريمة باقية ، بعد سقوط الحد .

ولـكن رغم هذه القاعدة ، يسقط دين النفقة إذا مضت « بضعة شهور » على يوم استحقاقه ، وذلك إذا صدر حكم أو حصل اتفاق بين الطرفين ، وهو يسقط إذا لم يطالب به الدائن حالا . وقد فسر الفقهاء ذلك ، بأن دين النفقة دين ضعيف ، وأنه لا ينشأ فى الواقع إلا إذا أيده حكم القاضى أو اتفاق الطرفين . لأن النفقة لا تجب إلا لاعالة المدين بدفع حاجته الحالة . وعلى ذلك ، لا يعتبر سقوط دين النفقة ، أثراً من آثار التقادم .

٩٧ — إلا أنه فى العهد الأخير ، قد أصدر سلاطين آل عثمان أوامر تغلب عليها الصبغة الادارية ، ويقصد بها منع التلاعب بالحقوق . وبموجب هذه الأوامر ، يمتنع القضاة عن نظر الدعوى ، التى يكون الحق المدعى به فيها ، قد استحقت المطالبة به ، قبل خمس عشرة سنة من تاريخ رفعها . وقد

تولدت عن هذه الأوامر ، نظرية غريبة ، ذلك أن الفقهاء استمروا بعدها يقررون أن الالتزام لا يسقط بمضى الزمن ، فأدى ذلك بهم إلى التفرقة بين الحق والدعوى .

على أنه فى الواقع ، لا يمكن القول أيضاً أن الدعوى تسقط بمضى الزمن . فالقاضى يستطيع دائماً النظر فى الدعوى ، إذا لم يتراء له أنهـــا فى الحالة المعروضة ، تنطوى على شىء من الغش . والمنع هنا ، كما قلنا ، ادارى ، حتى لقد تسـاءل بعض الفقهاء ، إذا كان من الواجب تجديد هذا المنع ، كلما تولى الحكم سلطان جديد .

٩٨ — فهذه النظرية — وقد خلقت خلقاً — تخول فى الواقع للمدين ، الحق فى أن « يدفع » دعوى الدائن ، بمـــا يشبه « الدفع بالتدليس » عند الرومان . ومن البديهى أن للمدين أن يتنازل عن هذا الدفع ، بأن يعترف بالدين .

وقد اجتهد الفقهاء فى تفصيل بعض الأحكام ، فقالوا أن سريان المدة يقف ، إذا كان الدائن محجوراً عليـه ، أو غائباً ، أو عاجزاً لسبب ما ، عن المطالبة قضاءً بحقه . وقد قرروا أيضاً ، أنه ينقطع سريان المدة ، إذا تخللتها مطالبة ، بشرط أن تكون المطالبة قد رفعت إلى القضاء .

٩٩ — (٧) **أسباب أخرى لانقضاء الالتزام** — قد ينقضى الالتزام لهلاك محله . وقد نصـوا على ذلك فى حالة الشركة ، وفى الاجارة . وكذلك قد يتفق المتعاقدان على أجل ، ينتهى عند حلوله العقد ، وتنقضى بذلك معه الالتزامات المترتبة عليه . ويحصل هذا فى عقد الاجارة ، وفى عقد المضاربة .

ووفاة المدين معسراً تقضى أيضاً نهائياً على التزامه ، ذلك أن الالتزام لا ينتقل إلى الوارث .

ويلاحظ أخيراً ، أنه قد ينقضى الالتزام لسبب مستمد من نظرية الاثبات ، كالجحود .

١٠٠ — وليس الاستبدال سبباً من أسباب انقضاء الالتزام . ولكن مما لا شك فيه ، أنه إذا اتفق الطرفان على الفسخ ، ثم جددا العقد بينهما ، يكونان فى الواقع قد قضيا على الالتزام الأول ، واستبدلا به التزاماً جديداً . على أن هذا كله ، مجرد تطبيق للمبادىء العامة . أما لفظ « الاستبدال » ، فهو كثير الاستعمال ، ويقصد به فى الواقع الوفاء بمقابل .

٥ — انتقال الالتزام

١٠١ — يلزمنا دراسة انتقال الالتزام ، أولا من ناحيته الموجبة ، ثم ثانياً من ناحيته السالبة ، وسيتضح لنا من هذه الدراسة ، أن قواعد الانتقال فى كل ، على طرفى نقيض . ذلك أن الالتزام فى ناحيته الموجبة ، غير قابل للانتقال بين الأحياء ، ويقبل الانتقال بسبب الموت ؛ بينما هو فى ناحيته السالبة ، يقبل الانتقال بين الأحياء ، ولا يقبله بسبب الموت .

١٠٢ — **(اولا) انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة — (١) بين الاحياء** — لا تنتقل الحقوق فى التشريع الاسلامى بين الأحياء ، فلا ينتقل الالتزام . والسبب فى عدم قابلية الالتزام للانتقال ، ليس لأنه رابطة شخصية تربط الملتزم بالملتزم له ، كما يقول علماء القوانين الحديثة ، بل لأن الالتزام هو حق مجرد لا يقع تحت الحس ، والحقوق المجردة لا تصلح محلا للتعاقد .

وهذا المبدأ ، على عظم أهميته العملية ، عام التطبيق . من ذلك أنه لا يجوز بيع حقوق « الجامكية » التى تستحق على بيت المال . وأنه لا يصح

اقتسام الديون بين الورثة . ومن ذلك أيضاً أنه لا يمكن التنازل لمصلحة شخص آخر ، عن الالتزام بتسليم أشياء مثلية .

وقد قال الفقهاء أنه مع ذلك ، يصح التنازل عن الدين للمدين . ولكن هذا التنازل هو فى الواقع ، عبارة عن إبراء أو وفاء بمقابل حسب الأحوال ، ولا يمكن اعتباره نقلا للدين بالمعنى الصحيح . أما التحويل بالمعنى المعروف فى القوانين الحديثة ، فلا يصح أبداً فى التشريع الاسلامى ، وقد قال البعض ببطلانه ، وقال البعض الآخر بفساده .

١٠٣ — ولكن قد حاول الفقه العملى علاج هذا المبدأ ، لتنافيه مع الاحتياجات العملية . فقد ورد أن للدائن ، أن يمنح الشخص الذى يريد التنازل اليه عن الدين ، توكيلا بالقبض ، ويهبه كذلك الدين . فيستطيع هذا الشخص ، بمقتضى هذا التوكيل ، أن يحصل على الدين ، ثم هو يستولى عليه لنفسه ، بمقتضى الهبة . غير أن هذه الحيلة لا تؤدى إلى انتقال الحق ، والوكيل يبقى فى الواقع مهدداً بالعزل .

وهناك طرق أخرى . منها أن يقرر الدائن أمام شهود ، أن الدين لشخص ثالث فى الحقيقة ، ولو أنه فى الظاهر باسمه ، ثم يعطى هذا الشخص توكيلا بالقبض . ويلاحظ أن تقريره بالصورية لا أثر له بالنسبة للمدين ، لذلك يلجأ إلى التوكيل. ولكن إذا طبقنا أحكام الدعوى ، نجد هذا الشخص الثالث ، يستطيع اثبات حصول هذا التقرير فى مواجهة المدين ، ويحصل بذلك على الدين المتنازل له عنه — هذا كله إذا أنكر المدين وجود الدين نفسه .

ويلاحظ فى كتب الشروط ، أنهم يكتبون دائماً فى اذكار الحقوق، ما يفيد أن على المدين أن يوفى لمن يطالبه بالوفاء . وهذا النص يفيد فى أن المدين

لا يستطيع بعد قبوله به ، الاعتراض على نيابة المطالب عن الدائن الأصلى فى التقاضى . فمن المعلوم أنه لا يمكن بدون عذر شرعى ، نيابة شخص عن آخر أمام القضاء فى مذهب (أبى حنيفة) .

وهذا النص كان يكتب بالفعل ، كما تحققناه من ورقة بردى ، يرجع تاريخها إلى سنة ٢٢٣ هـ ، وهذه الورقة تتضمن اقراراً بمهر ، وقد نشرها (جروهمان) فى مجموعته (انظر ج ٢ ص ٩٨) .

١٠٤ — **الحلول محل الدائن** — ولا ينتقل الالتزام أيضاً من ناحيته الموجبة بواسطة الحلول محل الدائن . فقد نصوا على أنه لا يصح لمن أوفى بدين غيره ، أن يشترط عند الوفاء أن يحل محل الدائن . على أن هذا الحكم لم يخل من الجدل .

وفى الأصل ، لا يحل الوكيل بقضاء الدين محل الدائن المقتضى ، فقد قالوا أن هذا الوكيل لا يرجع إلا بما دفعه بالفعل .

ولكن قد أخذ بمبدأ الحلول فى حالتين . الأولى : اذا كان الموفى هو الكفيل . الثانية : اذا كان الموفى هو المحال عليه .

١٠٥ — (٢) **الانتقال بسبب الموت** — ينتقل الالتزام من ناحيته الموجبة إلى الورثة . ذلك أن الورثة يستمرون شخصية المورث من هذه الناحية . ولذلك ينتقل الدين بالحالة التى كان عليها ، فان كان مؤجلا بقى إلى أجله ، وإذا كان الالتزام قابلا للفسخ ، أمكن فسخ العقد على الوارث .

ولكن لا انتقال إذا كانت التركة مستغرقة بالديون . فالتركة تعتبر فى هذه الحالة باقية على ملك المتوفى ، ولكل من الورثة أن يقاضى عن كل الدين بصفته ممثلا للميت ، ولكن عند القبض لا يقبض كل منهم الا انتقال نصيبه .

١٠٦ — (ثانيا) انتقال الالتزام من ناحيته السالبة — (١) بين الاحياء — سنرى أن للالتزام فى الفقه الأسلامى ، صبغة مادية . وقد ادت هذه الصبغة الى امكان تصور انتقال الألتزام من ناحيته السالبة ، بينما هو لا يقبل الأنتقال من ناحيته الموجبـــة . وهذا الانتقال يتم بواسطة ماسموه « الحوالة » .

وقد قرر أحد علماء القـانون ، أن الحوالة الأسـلامية هى من المرونة ، بحيث تؤدى فى نفس الوقت ، وظائف عدة . فهى تؤدى وظائف الاحالة ، والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض ، والوكالة بالقضاء ، وفتح الأعتماد . (انظر (هوفلان) فى Annales de droit commercial سنة ١٩٠١ ص ١ ، وما بعدها) .

والحوالة فى نظر الفقهاء وسـيلة من وسائل التوثيق كالـكفالة . وفى الواقع هى كذلك طريقة من طرق الوفاء بالالتزام .

وهى تشبه فى بعض نواحيها ، ما يسمونه فى القانون التجارى « بالـكمبيالة » ، ففيها نجد فـكرة « مقابل الوفاء » ، وهو ما يدفع منه المسحوب عليـه ، قيمة الـكمبيالة المسحوبة ، وفيها ما فى الـكمبيالة ، من حق للدائن فى الرجوع على المدين الأصلى ، إذا لم يحصل على حقه من المدين الجديد .

ومـا يشعر بوجود صلة قرابة ، ان الفقهاء أنفسهم ، قد ألحقوا بكتاب الحوالة الكلام عن السفتجة ، وهى فى الواقع عقد المبادلة contrat de change الذى استمدت منه الـكمبيالة أصلها التشريعى . وبمناسـبة الحوالة ، أمكن تتبع تأثير التشريع الاسلامى فى تـكوين القانون التجارى الاوروبى فى العصور الوسطى . (من ذلك كلمة « أفال » aval وهى تفيد اليوم الضمان الأحتياطى فى الكمبيالة ، فقد قالوا انهـــا تحريف للفظ « حوالة » . أنظر (هوفلان) المرجع المذكور) .

١٠٧ — وندرس هنا الحوالة ، على أنها طريق انتقال الالتزام من ناحيته السالبة . ويلاحظ ان مبدأ الانتقال لم يسلم به هنا بدون جدل . وقد حاولوا تبريره بالتفرقة بين المطالبة والدين ، فقالوا ان المطالبة فقط تنتقل بينما الدين يبقى فى ذمة المدين الأول . على أن الواقع أن الدين نفسه ينتقل إلى ذمة المدين الجديد .

١٠٨ — شروط الحوالة — (١) يشترط فى الحوالة رضاء كل من الدائن والمدين الجديد . أما رضاء المدين الأصلى فلا يشترط . ولكن لا يرجع الموفى على هذا المدين ، إلا اذا كان قد قبل الحوالة .

(٢) يشترط أيضاً أن يكون هناك دين فى ذمة المحيل . واذا لم يكن هناك دين ، فلا تكون الحوالة الا مجرد وكالة بالقبض . وعلى العكس لا يشترط وجود علاقة بين المحيل والمحال عليه . واذا كانت هناك علاقة ، يعتبر ما يحفظه المحال عليه من المال ، أو ما هو مطلوب منه كدين ، مقابلا للوفاء ، مخصصاً لسداد الدين المحول . واذا حصل هذا التخصيص ، تسقط الحوالة بهلاك الشىء المخصص ، وتسقط كذلك اذا اتضح انه لم يكن هناك دين . ولكن لا يعتبر مقابل الوفاء ملكا للدائن ، ولو أن المحيل لا يستطيع المطالبة بشىء منه .

١٠٩ — آثار الحوالة — فى علاقة الدائن بالمدين الاصلى — بالحوالة يبرأ المدين الأصلى أى المحيل من الدين ، هو وكفلاؤه . ولكن الدين قد يعود الى ذمته ، اذا مات المحال عليه مفلساً ، أو جحد الدين ولم يكن للدائن بينة . واذا مات المحيل ، يتزاحم الدائن مع باقى الدائنين ليحصل على حقه من تركته ، ويدخل فى تركته ما خصص للوفاء .

١١٠ — **فى علاقة الدائن بالمدين الجديد** — بالحوالة يصبح المحال عليه هو المدين ، وهو الذى يبرئه الدائن من الدين . ويكون ملزماً بالدين كما كان المدين الأصلى ، فاذا كان الدين مؤجلا بقى كذلك . ولكن لا يضمن الرهن الذى أعطاه المدين الأول ، دين المدين الجديد ، ولا يستطيع المدين الجديد التمسك بدفوع خاصة بالدين المحول ، كما لو كان سببه غير مشروع .

١١١ — **فى علاقة المدين الاول بالمدين الثانى** — للمدين الجديد أن يرجع على المدين الأول ، اذا هو أوفى بالدين ، ما لم تقع المقاصة بين ما يطلبه وما خصص للوفاء . ولا رجوع كما قلنا ، الا اذا كانت الحوالة برضاء المحيل .

ويكون موضوع الرجوع الدين المحول ، لا ما أداه المحال عليه بالفعل ، ذلك لأنه قد حل محل الدائن .

١١٢ — **القيمة العملية للحوالة** — يمكن القول أن حوالة الدين تقوم فى الواقع مقام حوالة الحق ، فيما تؤديه هذه الحوالة من الوظائف فى القوانين الحديثة . ويلاحظ فى كتب الشروط أن الدائن يحصل دائماً على قبول المدين مقدماً . بتخصيص الدين الذى يثبته الذكر ، لأية حوالة تصدر من الدائن . وهذا الشرط يؤدى بالفعل إلى النتيجة العملية التى تؤدى اليها حوالة الحق .

وفى الواقع نجد فى كتب الحيل أن حوالة الدين ، حيلة يتوصل بها إلى حوالة الحق . من ذلك إذا أراد أحد الورثة التنازل عن حقه فى دين ، لشريكه فى الميراث ، فهو يبيعه شيئاً زهيداً فى مقابل ثمن يساوى دينه ، ثم يحيله على مدينه . (وانظر حكما صادراً من محكمة مصر الشرعية فى سنة ٩٣٤ هـ ومحفوظا تحت رقم ٧٤٣ سجل ٨٤ وهو فى موضوع حوالة الديون) .

١١٣ — (٢) **الانتقال بسبب الموت** — يصطدم هنا مبدأ الانتقال بمبدأ آخر، يقضي بعدم مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم. وعلى ذلك لا تقضى ديون المورث إلا من تركته، ولا يسأل عنها ورثته، فهم من ناحية الالتزام السالبة لا يستمرون شخصية المورث. ولذلك تحل جميع الديون بوفاة المدين.

ولكن يستطيع الدائنون قضاء ديون مورثهم، ليملكوا التركة ملكا تاماً ويلاحظ أن الابراء الصادر لهم عن دين مورثهم هو إبراء صحيح.

القسم الثانى : مصادر الالتزام

١١٤ — ليس من المجدى تتبع النصوص الفقهية للعثور على ترتيب لمصادر الالتزام . وفى الواقع ينشأ الالتزام تارة عن عمل قانونى ، سواء كان هذا العمل عبارة عن توافق ارادتين ، أو تقرير ارادة منفردة ؛ وطوراً عن واقعة قانونية كالضرر ، أو الاثراء بلا سبب . وقد يكون الشرع نفسه المصدر المباشر لبعض الالتزامات ، كما أنه قد يتأخر نشوء الالتزام فى بعض الأحوال إلى حين صدور حكم القضاء . وسنتكلم هنا تباعاً عن :

(١) العمل القانونى . (٢) العمل الضار . (٣) الاثراء بلا سبب .

١ — العمل القانونى

أو النظرية العامة للعقد والارادة المنفردة

(١) مبادىء عامة — تقسيمات

١١٥ — يتكوّن العقد من ايجاب وقبول ، أى من عرض وقبول ، فهو عبارة عن توافق ارادتين . وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع فى كتب الفقه ، لاتبين منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه توافق ارادتين منشىء للالتزامات ، بل على أنه توافق ارادتين يظهر أثره فى المعقود عليه ، أى يؤدى إلى تحويل شيء من حال إلى حال . وتعريفه بهذه

الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية فى الفقه الاسلامى . وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأخيرة للعقد ، ويتخطون النتائج الأولى لانعقاد العقد . وكثيراً ما يشبه هذا التعريف ، التعريف الذى أورده (پولوك) للعقد فى الفقه الانجليزى .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن توافق الارادتين لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح ، إلا إذا كان من شأنه خلق حال جديدة فى وقت مستقبل . أما إذا تحقق أثر العقد لمجرد انعقاده ، فلا يكون عقداً بالمعنى الصحيح . ووصفه بالعقد يعتبر من لغو الكلام ، إذ لا يفيد ، كما هو الحال فى البيع بالتعاطى .

ومن المتفق عليه ، أنه لا عقد إذا لم يكن عند المتعاقدين نية الارتباط أو التعاقد ، كما فى « الاباحات » ، و « العدات » ، فهى لا تقيد صاحبها لأنها ليست عقوداً .

١١٦ — *نظرية وحدة العقد* — يعتبر العقد وحدة غير قابلة للتجزئة . ولهذه النظرية آثار عملية بعيدة . فاذا وجد أحد العبدين المبيعين حراً ، سقط العقد بالنسبة للاثنين . ولنفس السبب لا يستطيع القابل تجزئة الأيجاب ، ولو كان هذا الأيجاب يتناول شيئين مختلفين . ولنفس السبب أيضاً اذا وجه الأيجاب لمتعدد لا يستطيع أحدهم القبول فى حالة رفض الآخر ، وكذلك اذا صدر الأيجاب من متعدد لا يستطيع القابل القبول فى حصة أحدهم دون حصة الباقين .

وفضلا عن أن العقد يعتبر وحدة غير قابلة للتجزئة ، فانه يشترط فى « هندسته » أن تتوفر أيضاً فكرة الوحدة ، فى صور ثلاث : وحدة التصرف ، ووحدة الزمان ، ووحدة المكان . أما فكرة وحدة التصرف ، فتقضى بألا يشتمل العقد على صفقتين فى وقت واحد . أما وحدة الزمان ، فتقضى بأن

يتم العقد فى فترة واحدة من الزمان . ووحدة المكان تقضى بان يتم هذا العقد فى الأصل فى مجلس واحد ، حتى لقد قالوا للمتعاقد « اذا وثب صاحبك ثب معه » .

ولكن هذه الوحدة ، لا تمنع من ادخال بعض التعديلات على العقد بعد تمامه . على انها اذا أدخلت اندمجت فى العقد ، واعتبرت جزءاً متمما له . من ذلك أن للمشترى أن يتفق مع البائع على زيادة الثمن ، أو تخفضيه ، أو تأجيله .

ويلاحظ أن العقد لا يعتبر وحدة هكذا ، الا اذا صدر به ايجاب واحد . أما اذا تعدد الأيجاب ، فيتعدد العقد . وكذلك إذا صدر الأيجاب الواحد فى البيع ، مع تعيين ثمن خاص لكل من الأشياء المبيعة . على أن هذا الحكم الأخير خلافى .

وفى العمل ، كثيراً ما نعثر على عبارة « صفقة واحدة » ، وهى العبارة التى يعبر بها عن وحدة العقد . والمقصود من كتابة هذه العبارة أن العقد تم جملة واحدة ، فلا تجوز تجزئته . (أنظر ورقة البردى المحفوظة بمتحف برلين تحت رقم ٨٠٥٧ و ٢٠ فيوم ، وهى منشورة بمجموعة هذا المتحف ص ٥٢).

١١٧ — **فى حرية التعاقد** — لم يرد بحث العقود فى مؤلفات الفقهاء ، وفق ترتيب معين . وقد أفرد الفقهاء لكل عقد كتاباً دون أن يقدموا لهذا كله بنظرية عامة للعقد . فهل يكون معنى هذا أن توافق الارادتين لا يعتبر إلا إذا دخل تحت صورة من الصور المرسومة فى هذه الكتب ؟ وبعبارة أخرى ، ما قيمة العقد غير المسمى ؟

أول ما نلاحظه ، أن الفقهاء يبدأون دراسة كل عقد بديباجة ، يبررون فيها شرعية العقد ، بالأستناد تارة الى نص ، وطوراً الى عرف ، أو اجماع ، وفى بعض الأحيان الى مجرد فائدته فى العمل . فهل يفيد ذلك أن العقد

لا يعتبر مشروعاً مالم يستند الى شيء من هذا؟ يجدر بنا أن نعمد هنا إلى الحلول نفسها، دون التلكوء عند النظريات.

ومن تقصى هذه الحلول يتضح أولا. أن توافق الارادتين ينتج دائما أثره، مادام هو لا يخالف قاعدة من القواعد الموضوعة. فاذا كان، طبقاً لهذه القواعد، للعقد محل جائز، واطراف ذوو صفة وأهلية، فالعقد ينتج أثره، ولا شك. (أنظر الكاسانى جـ ٥ ص ٢٥٩).

وهناك أكثر من ذلك، فقد ينتج العقد أثره، ولو أنه يخالف قاعدة من هذه القواعد الموضوعة، إذا هو كان يستند الى عرف أو إجماع. فقد يوجد العرف، أو الاجماع، صوراً جديدة للتعاقد، تخالف هذه القواعد. من ذلك عقد الاجارة، وعقد الاستصناع. ففى هذين العقدين، محل العقد غير موجود حالا، والمنفعة شيء غير محسوس، وهذا كله مخالف للقواعد الموضوعة كما رأينا. ومع ذلك فقد صحح الفقهاء هذين العقدين، لأن العرف جرى بهما. ولذلك لم تصح هذه العقود إلا بالقدر الضرورى، الذى دعت اليه الحاجة. وفيما وراء ذلك يرجع إلى القواعد، وهى تقضى بعدم الصحة. وبناء عليه قالوا، لا يصح استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها، ولا استئجار الثياب لمجرد التفاخر بها، وذلك لأن العرف لم يجر بهذين الشكلين من أشكال عقد الاجارة.

ولكن يلاحظ هنا، ان العرف لا يكفى بحال من الأحوال، مبرراً لمخالفة قاعدة من القواعد الموضوعة لا لمصلحة الطرفين، بل لمصلحة الجماعة، وهو ما يعبر عنه «بحق الله» أو «حق الشرع». ومن ذلك تحريم الربا. ومن ذلك أيضاً، أنه لا يصح أبداً التصالح على الحدود، أو الشهادات. فلا يصحح العرف اذاً العقود التى يكون موضوعها مخالفاً للأخلاق أو الدين.

يخرج مما تقدم ، ان الاتفاق ينتج أثره ، ما دام لا يخالف قاعدة من القواعد الموضوعة ، أو ما دام يتفق والعرف . وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يصح عقد المقاولة ، ذلك أن موضوعه لا يخلو من الغرر ، ولا يعتبر موجوداً حالا كما تقضى القواعد . وكذلك لا يصح الاتفاق على تأجيل القرض ، لأن التأجيل هنا يخالف القواعد الموضوعة ، كما توضح فى نظرية السبب .

وليست هذه القواعد هى وحدها ما يلزم المتعاقدين تجنب مخالفته . ففضلا عن تلك التى تعم مختلف العقود ، يوجد لكل عقد أركان وقواعد خاصة ، يلزم المتعاقدين الخضوع لها عند التعاقد . من ذلك أن البيع بدون تعيين ثمن لا يصح ، وكذلك لا يصح اشتراط عدم الرجوع فى الهبة .

وكذلك القواعد المقررة لتوزيع الضمان على المتعاقدين ، لا يصح الاتفاق على ما يخالفها ، كما إذا اتفق على أن الوكيل يسأل عن هلاك الشىء ، ولو كان الهلاك بغير تقصيره .

ويتبين من هذا أنه ، ولو أن الأصل حرية التعاقد ، إلا أنه لاتساع دائرة النصوص الآمرة ، انحصرت تلك الحرية فى حدود ضيقة .

ويبقى فى الواقع للشخص ، أن يتنازل عن حق ، منحه الشارع رعاية لمصلحته الخاصة ، كالتنازل عن حق الفسخ لعيب فى المبيع . ويبقى له أن يشترط من الشروط ، ما لا يصدم قاعدة من القواعد الأساسية للعقود ، أو للعقد المعين الذى يعقده ، كاشتراط أن تكون الثمار التى لم تفصل من الأشجار المبيعة مملوكة للمشترى ، وهى فى الأصل تعتبر ملك البائع .

ويضاف إلى ذلك أنه إذا لم يمكن تصحيح اتفاق ما ، على أنه يدخل فى صورة معينة من صور العقود المعروفة ، أمكن تصحيحه بادخاله تحت صورة أخرى من هذه الصور . حتى أنهم أجازوا تحليل الاتفاق إلى عناصر يمكن تصحيحها ، بتطبيق أحكام عقدين أو أكثر من العقود المعروفة ، فى نفس الوقت.

ويلاحظ أخيراً كما سنبين فيما بعد ، أن العقود التى تخالف القواعد الثابتة فى المذهب ، لا تعتبر دائماً معدومة الأثر ، فهى فى غالب الأحوال ، تنتج أثرها إذا حصل تنفيذ . وهذا الأثر ، يتحقق عن طريق دعوى الاثراء بلا سبب التى تمنح فى هذه الأحوال . وهذه هى نظرية العقد الفاسد .

١١٨ — **نظرية الشرط المقترن بالعقد** — على أن حرية التعاقد أصيبت أيضاً من ناحية أخرى . ذلك ان المتعاقدين إذا أدمجوا فى عقد من العقود شروطاً معينة ، فان هذه الشروط لا يكون لها فى غالب الأحوال ، أثر . وهذه القاعدة مطردة سواء كان العقد عقد معاوضة ، أو عقد تبرع ، إلا أن عقد التبرع يبقى صحيحاً ، رغم اقترانه بالشرط ، بينما عقد المعاوضة يفسد هو نفسه بسبب هذا الاقتران . ويدخل فى النوع الأول الهبة ، والقرض ، والرهن ، والكفالة ، والوكالة ، والشركة ، والحوالة ، والوصية . ونجد فى النوع الثانى البيع ، والاجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والقسمة ، والصلح .

١١٩ — ولا يكون الشرط باطلا ، ولا يفسد العقد ، إلا إذا كان لا تقتضيه طبيعة العقد ، أو كان لا يتلاءم مع طبيعة العقد . وهذا هو الشرط المقترن بالمعنى الصحيح ، إذ هو النص الزائد عما يقتضيه العقد ، ويكون فى هذه الحالة فقط غريباً عنه . وقد سماه الفقهاء « الشرط الفاسد » . ويلاحظ أن العرف قد يصحح كذلك بعض الشروط ، رغم كونها زائدة على العقد . فالعرف هنا أيضاً يهدم قاعدة آمرة .

أما العلة فى حظر اقتران العقود بالشروط ، فنجدها فى فكرة وحدة العقد . ذلك أن ادخال هذه الشروط فى العقد يهدم وحدته ، وقد رأينا أن فكرة الوحدة تسيطر على كيان العقد فى الفقه الاسلامى . فلم يقبل الفقهاء أبداً أن يصح عقد فى داخل عقد . على أن لهذا الحظر علة أخرى أوقع أثراً ، ذلك

ان ادماج شرط زائد على العقد يخل بالتوازن ، الذى سعى الفقهاء عند تقريرهم لأحكام العقود ، إلى تحقيقه ، فهو يؤثر فى فكرة التعادل . ولذلك نجدهم يقولون أن الشرط لا يعتبر فاسداً ، إلا إذا كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير .

وتطبيقاً لماتقدم ، لا يستطيع البائع اشتراط الانتفاع بالمبيع مدة معينة بعد انتقال الملك إلى المشترى . ولذلك لا يصح لمن اشترى ثوباً ، أن يشترط على البائع أن يخيط له منه لباساً . ولنفس السبب ، لا يصح توقيت البيع فى الفقه الاسلامى ، كما لا يصح اشتراط البائع على المشترى عدم التصرف فى المبيع . وقد يرجع كذلك لنفس السبب ، حظر اشتراط تأجيل تسليم العين المعينة .

وقد قلنا ، أنه إذا لم ينطو الشرط على منفعة ما ، فلا يفيد ، ولا يفسد العقد . من ذلك أنه لو اشترط البائع على المشترى ألا ينتفع بالمبيع ، أو أن يحرقه أو يتلفه ، لا يصح الشرط .

١٢٠ — أما الشروط التى تقتضيها طبيعة العقد ، وتلك التى تتلائم وطبيعته ، فهى صحيحة لأنها ليست فى الواقع زائدة عليه . وقد تصح أيضاً الشروط الزائدة كما قلنا ، إذا قضى بتصحيحها العرف .

ومن أمثلة الشروط الطبيعية ، اشتراط البائع على المشترى صراحة أن يدفع الثمن ، واشتراطه كذلك عليه أن له حبس العين ما دام لم يدفع الثمن . فهذا جميعه مما يقضى به العقد دون حاجة لنص فى العقد . فهو من طبيعته .

ومن أمثلة الشروط الملائمة ، اشتراط الرهن أو الكفالة ، ذلك أنهما يؤكدان مفعول العقد .

ومن أمثلة الشروط التى يصححها العرف ، اشتراط أجل لدفع الثمن ، واشتراط من اشترى حذاء ، على من صنعه ، أن يجدد له نعله فى مدى سنة .

وقد قالوا أيضاً أن شرط الخيار مما جرىّ به العرف .

١٢١ — ويلاحظ أن الشرط ، إذا كان موضوعه غير مشروع ، يعتبر شرطاً فاسداً ، ويفسد معه العقد . من ذلك أنه لا يصح للمشترى أن يشترط عند شراء الجارية أن تكون ممن يحسنّ الغناء .

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الذى يدخل الغرر على العقد .

١٢٢ — وقد اتجه الفقه العملى نحو معالجة القيود الواردة على حرية التعاقد . من ذلك أنه إذا ورد شرط فى عقد من العقود يسارع المتعاقدون إلى التقرير بأن هذا الشرط قد اشترط بعد العقد ولا يعتبر جزءاً منه .

وكذلك فى الصيغ الواردة فى كتب الشروط يرد دائماً أن العقد قد تم خالياً من كل شرط . (انظر الورقة البردية المنشورة بمجموعة (جروهمان) تحت رقم ٦١ ج ٣ ص ١٦٥) .

١٢٣ — **نظرية اللفظ** — فى الأصل ، لا شكلية فى التشريع الاسلامى . فالعقد ينعقد ، وتنشأ الالتزامات ، دون حاجة إلى طقوس خاصة ، من حركات ، أو اشارات ، أو مراسيم . ويعتبر هذا من المميزات الأساسية للتشريع الاسلامى .

ولكن هل معنى هذا ، أن الارادة وحدها تولد الالتزام فى التشريع الاسلامى ؟ يلاحظ أن الفقهاء عند ما يبحثون فى عقد من العقود ، يذكرون فى العادة الألفاظ التى قد تصلح للتعبير عن إرادة المتعاقدين ، وهم دائماً حريصون على التصريح بأن هذه الألفاظ لا تسرد إلا على سبيل التمثيل ، وأن للمتعاقدين أن يستعملوا غيرها إذا شاءوا ، مادامت تؤدى المعنى المطلوب . حتى أنهم قالوا أن الاسم الذى اطلق على العقد لا يعتبر ، إذا كان العقد فى

فحواه يفيد معنى لا يدل عليه هذا الاسم . من ذلك أنه إذا عبر المتعاقدان بلفظ الكفالة ، وكان العقد يتضمن براءة المدين الأصلي ، فالعقد يعتبر حوالة ، رغم ما وسم به .

١٣٤ — ومع هذا كله . فان الواقع ، أن التعاقد لا يتم فى التشريع الاسلامى إلا بواسطة الألفاظ . ويوجد فى الفقه الاسلامى نوع خاص من الشكلية نسميه « اللفظية » . وهو أثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس فى العصور الأولى ، حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحرى للكلمات المتلفظ بها .

أما فى الفقه الاسلامى ، فهذه الألفاظ تسمى « الصيغة » . وقد تتنوع هذه الصيغة فيكون لها « صور » كثيرة كما يقولون ، ولكنها دائماً شرط من شروط الانعقاد . حتى أنه إذا ما تبينت الارادة من طريق آخر ، كالاشارة بالرأس ، فلن ينعقد العقد ، إلا إذا كان الأمر متعلقاً بالأخرس . والكتابة نفسها لا تكفى فى الأصل ، إلا إذا لم يتيسر النطق بالألفاظ ، لظروف خاصة ، كبعد المسافة .

١٢٥ — ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف ، فيما يتعلق بحكم التعاطى . ويظهر أنه فى أول الأمر ، لم يقم التعاطى مقام اللفظ ، إلا عند ورود العقد على الأشياء الخسيسة . على أنه فى رأى البعض ، يشترط دائماً أن يكون التنفيذ قد تم من الجانبين ، أى أن يكون البائع قد سلم المبيع والمشترى قد دفع الثمن . واشترط البعض أن يكون تسليم المبيع قد تم بالأقل .

وهذا كله يدل على أنه إذا كان الفقهاء ، قد انتهوا إلى قبول فكرة التعاقد دون أن ينبس المتعاقدان ببنت شفة ، فلم يكن ذلك منهم إلا بعد استيثاقهم من وقوع عمل ظاهرى ، يقوم مقام اللفظ . وقد نصوا صراحة على أن اللفظ « فعل » كالتعاطى .

١٢٦ — ففكرة اللفظية بقيت هى الأصـل . حتى أنهم اشترطوا فى اللفظ أن يكون مستوفياً لبعض الشروط. من ذلك أن يوضع اللفظ فى صيغة الماضى أو المضارع . على ان كل لفظ يفيد تمام الفعل هو أيضاً جائز . إلا أنهم قد اشترطوا هذا بالنسبة للايجاب فقط .

وإذا استعمل اللفظ فى صيغة الأمر ، فقد قالوا أن العقد لا ينعقد ، ولو كانت نية الالتزام متوفرة . وعلى العكس تقول بعض النصوص أن صيغة المـاضى يتم بهـا العقد ، دون حاجة إلى البحث فى نية المتعاقد ، على أن هذه النية يبحث عنها إذا استعمل اللفظ فى صيغة المضارع .

١٢٧ — فالعقد إذاً هو فى الأصل لفظى . أما أن الارادة المجردة أو مجرد الرضاء يربط الشخص . فهذا من المبادىء الاخلاقيـة ، التى يبتعد التشريع عنها ، إذا ما رمى إلى متانة البناء . ذلك أن التشريع رائده دائماً التمسك بالحقائق الثابتة . (انظر (الصنعانى) « سبل السلام » ج ٤ ص ٢١٣) .

ونلاحظ هنا أخيراً ، أن الـكتابة تلعب فى الفقه الاسلامى دوراً ثانوياً ، حتى أنه فى نظرية الاثبات لا تعتبر الـكتابة وسيلة من وسائله . إلا إذا كان قد حضر واقعة الـكتابة ، شهود .

١٢٨ — **العقود العينية** — ولـكن هنـاك عقود لا تـكون تامة . إلا إذا حصل تسليم العين موضوع العقد ، وتسلمها ؛ ولا يكفى فيها تبادل الألفاظ . وهذه العقود هى القرض ، والعارية ، والوديعة ، والرهن ، والهبة .

وهل يقال لذلك ، أن العقد نفسه لم ينعقد ، مادام الشىء لم يسـلم ؟ أما الفقهاء ، فيقولون فى أغلب هذه الأحوال أن القبض ليس إلا شرط صحة ، والعقد قد انعقد قبل القبض . وفى الواقع ، العقد قبل القبض ليس فقط فاسداً ، بل هو معدوم الأثر . ففى الرهن لا يستطيع الدائن إجبار المدين

على تسليم الرهن بموجب العقد . كما لا يستطيع الموهوب له إجبار الواهب على تسليم العين الموهوبة .

فالرابطة التى تربط الطرفين ليست قبل القبض إلا رابطة اعتبارية . ويمكن القول إذاً أن العقد لا يوجد إلا عند القبض . وقد يصح القول أيضاً ، استناداً إلى بعض النصوص ، أن الالتزامات لا تنشأ هنا عن العقد ، بل عن واقعة القبض نفسها .

وهذا كله لا ينطبق على عقدى الصرف والسلم . مع أن القبض فيهما مشروط . ذلك أن القبض فى هذين العقدين ، مطلوب منعا للربا أوالغرر . أما العقد فهو منعقد ، انما ينعقد فاسداً .

١٢٩ — **تقسيم العقود** — العقود المتعلقة بالمعاملات المالية أوردها (السرخسى) (٤٣٨ ﻫ) وفق الترتيب الآتى ، مع ملاحظة أنه قد يفصل بين الواحد والآخر ، كتب لاتمت للعقود بصلة . وها هو الترتيب : (١) الوديعة ، (٢) العارية ، (٣) الشركة ، (٤) الهبة ، (٥) البيع ، (٦) الاجارة ، (٧) الوكالة ، (٨) الكفالة ، (٩) الحوالة ، (١٠) الصلح ، (١١) الرهن ، (١٢) المضاربة ، (١٣) المزارعة ، (١٤) الوصية .

أما (المرغينانى) (٥٩٣ﻫ) وغالب الشراح ، فقد اتبعوا الترتيب الآتى : (١) الشركة ، (٢) البيع ، (٣) الكفالة ، (٤) الحوالة ، (٥) الوكالة . (٦) الصلح . (٧) المضاربة ، (٨) الوديعة ، (٩) العارية ، (١٠) الهبة ، (١١) الاجارة ، (١٢) المساقاة والمزارعة (١٣) الرهن ، (١٤) الوصية .

و(للكاسانى) (٥٨٦ ﻫ) ترتيب خاص : (١) الاجارة ، (٢) الاستصناع ، (٣) البيع ، (٤) الكفالة ، (٥) الحوالة ، (٦) الوكالة ، (٧) الصلح ، (٨) الشركة ، (٩) المضاربة ، (١٠) الهبة ، (١١) الرهن ، (١٢) المساقاة

والمزارعة ، (١٣) الوديعة ، (١٤) العارية ، (١٥) القرض ، (١٦) الوصية .

ويظهر لنا أن أوفق ترتيب ، ذلك الذى اتبعه (القدورى) (٤٢٨ هـ) فى «مختصره» : (١) البيع ، (٢) الرهن ، (٣) الاجارة ، (٤) الشركة ، (٥) الوكالة ، (٦) الكفالة ، (٧) الحوالة ، (٨) الصلح ، (٩) الهبة ، (١٠) الوديعة ، (١١) العارية ، (١٢) المساقاة والمزارعة ، (١٣) الوصية .

فالبيع فى الواقع ، هو أهم العقود ، وقواعده هى الأصل فى الغالب . ويلاحظ أن (الكاسانى) قد أفرد للقرض كتاباً خاصاً ، كما فعل لعقد الاستصناع ، على أن هذين العقدين يدخلان فى كتاب البيع عند أغلب المؤلفين .

١٣٠ — وقد قسم الفقهاء العقود عدة تقسيمات . فهم قد ذكروا المعاوضات ، والتبرعات ، والتبرعات ابتداء المعاوضات انتهاء . ويدخلون فى القسم الأول : البيع والاجارة والصلح ، أى العقود التى تؤدى إلى تبادل الأموال ؛ ويدخلون فى القسم الثانى : الهبة والوصية والعارية والابراء ؛ وفى القسم الثالث : القرض والكفالة والحوالة .

وهناك تقسيمات أخرى ، منها الودائع ، وهى تشمل : الوديعة والعارية والرهن والشركة : والوكالات وهى تشمل : الوكالة والشركة والمضاربة ؛ والتوثيقات ويدخل فيها : الكفالة والحوالة : والاطلاقات وهى عبارة عن : الوكالة والمضاربة ؛ والاسقاطات كالابراء من الدين .

ويلاحظ أن الصلة وثيقة بين البيع والاجارة ، وكذا بين الوديعة والعارية ، وبين الكفالة والحوالة .

١٣١ — ونرى الاكتفاء بتقسيم العقود إلى ثلاثة أقسام :

(١) القسم الأول ، عقود المعاوضة ، ويشمل فى نظرنا : البيع والاجارة

والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة .

(٢) القسم الثانى ، العقود التى بلا مقابل ، وهى : القرض والعارية والوديعة والرهن والوكالة والكفالة والحوالة .

(٣) القسم الثالث ، العقود التبرعية : الهبة والوصية .

١٣٢ — ويلاحظ أخيراً ، أن الفقهاء يوردون فى كتاب البيع ، صوراً مختلفة لهذا العقد ، لها أهميتها ، منها : بيع السلم ، وهو بيع الأشياء المثلية بيعاً مؤجلا ؛ وبيع الصرف ، وهو بيع النقود بأخرى ؛ وبيع المرابحة ، وهو بيع الشيء مع زيادة ربح ، ويشترط فيه أن يذكر البائع الثمن الذى به اشترى هو المبيع ؛ وبيع التولية ، وهو بيع الشيء بثمن أقل ، ويشترط فيه ما ذكر فى المرابحة .

ولعقد المضاربة ، وهى نوع من شركات المحاصة ، صورة خاصة تسمى الابضاع ، لايكون فيها للمضارب نصيب من الأرباح ، فتكون عبارة عن وكالة .

وسبق أن قلنا ، أن عقود الرهان لا تصح إلا فى حدود معينة . ولا تصح على العموم العقود الغررية ، فليس للعقد الاحتمالى إذاً وجود فى الفقه الاسلامى .

وسنبين ما يلاحظ على عقود الهبة والعارية والكفالة ، عند الكلام عن الارادة المنفردة .

(٢) الارادة الظاهرة

١٣٣ — قد رأينا أن الارادة الباطنة لا تكفى لانعقاد العقد ، وقد قلنا أن العقد عبارة عن الكلام الذى صدر من المتعاقدين ، فبه يتم ظهور الارادة .

وهذه الارادة هى التى تعتبر دون غيرها ، ولو كانت تلك الارادة الظاهرة لم تترجم تماماً عن الارادة الحقيقية .

ولذلك لا يعتبر السكوت فى الأصل قبولا ، ولو أنه قد تتجدد به الاجارة ، كما قد تنعقد به الوكالة فى حالة تنفيذها من الوكيل . على أن القاعدة ، أن السكوت لا أثر له ، إلا فى الاسقاطات .

ويلاحظ مع ذلك ، أن إظهار الارادة لا يعتبر ، إذا صدر من مجنون ، ولذلك لا تعتبر عقوده . كذلك لا يعتبر إظهار الارادة ، إذا صدر عن هزل — أى إذا لم يكن هناك إظهار جدى ، بقصد التعاقد .

١٣٤ — نظرية الصورية — قلنا أنه لا يكون لاظهار الارادة أثر ، إذا لم يكن جدياً ، كما لو كان هذا الاظهار صورياً ، أو لمجرد الهزل . ولكن يشترط لهدم أثر الارادة الظاهرة ، أن يكون قد سبقها ، أو صحبها ، إرادة ظاهرة أخرى ، تبين حقيقتها ، فلا يفيد البحث عن الارادة الحقيقية فى ذاتها ، لهدم الارادة الظاهرة الصورية .

فالعقد الصورى إذاً لا أثر له فى الأصل . ولذلك لا تنتقل الملكية بموجب عقد البيع الصورى ، ولو تسلم المشترى المبيع . ومع ذلك فقد ذهب البعض ، إلى أن العقد هنا لا يكون باطلا ، بل هو فاسد . وفى الواقع نجد للبطلان هنا ميزة خاصة . ذلك أن العقد يتصحح بالتصديق عليه من الطرفين .

١٣٥ — ويلاحظ أنه قد جاء عن طريق غير ظاهر الرواية ، أن العقد الصورى ينتج أثره ، رغم العقد الذى يبين فيه المتعاقدان تواطؤهم . ولكن هذا الرأى المتطرف فى المادية لم يسد . ومع ذلك فقد قالوا فى ظاهر المذهب أن العقد الصورى ، هو الذى يكون معتبراً دون العقد الآخر ، فيما يتعلق

بمعرفة نوع النقود التى يدفع بها الثمن . على أن التعليل الذى أوردوه لهذا الاستثناء ، يرجع إلى فكرة وحدة العقد .

١٣٦ — وقد يدعو إلى التعاقد صورياً أو هزلا كما يقولون ، الخوف من جور السلطان . وتسمى عندئذ الصورية « بالتلجئة » . على أن النصوص تخلط فى الغالب بين هذين اللفظين .

ويلاحظ أن كلا من الطرفين يستطيع إثبات الصورية ، أى إثبات وجود العقد الحقيقى . وهذا هو ظاهر المذهب . وهو يخالف ما جاء عن طريق غير ظاهر الرواية . على أن الصورية لا تفترض أبداً .

١٣٧ — وكنا قد أشرنا عند كلامنا عن طريقة البحث ، الى أن الفقه العملى وجد الطريق معبداً امامه ، عند ما اشار بالحيل . ذلك أن الحيل ماهى إلا عقود صورية ، وهى تعتبر قائمة ، ما دامت لم تصحب بعقود مظهرة لحقيقة الارادة ، وهذه العقود تبقى فى الغالب طى الخفاء . ويضاف الى ذلك ، أن احكام الدعوى فى مذهب (أبى حنيفة) تقضى بأن الشخص لايستطيع اثبات ما يخالف إقراره السابق ، فالأقرار بذلك يبقى له أثره فى الاصل رغم ظهور ما يخالفه . من ذلك أن المسخر — وهو الشخص التى يعير اسمه للغير — يستطيع نقل فائدة العقد لمن هو فى مصلحته بالفعل ، ولكن تقريره للحقيقة لن يكون له أثر بالنسبة للمتعاقد الآخر .

١٣٨ — ولا تقبل الصورية فى النكاح ، والطلاق ، والعتاق . (قارن فى نفس المعنى القانون الفرنسى . انظر (ديموج) « فى الألتزامات » ج ١ ص ٢٦٧ بند ١٦٤) . فالعقد الظاهر يقيد هنا المتعاقدين ، رغم صوريته

وعلى العكس قد تعتبر الأرادة الظاهرة فى بعض الأحوال صورية ، ولو لم يكن هناك ارادة ظاهرة تخالفها . فالصورية تثبت هنا عن طريق

القرينة الشرعية . فيبطل العقد الصورى ، أو يقصر على حدوده الحقيقية . من ذلك أن الوكيل لايستطيع أن يبيع المال الموكل ببيعه لبعض اقربائه الأقربين . وأن المريض مرض الموت لايستطيع أن يبيع ماله لاحد ورثته كما لايستطيع أن يهب ماله فيما زاد على الثلث الى اجنبي . ولنفس السبب لايمكن الأقرار بدين لمصلحة الزوجة التى طلقت فى مرض الموت . ويعتبر الأقرار فى هذه الحاله بقدر نصيبها فى الميراث .

١٣٩ — **الايجاب والقبول** — قلنا أن العقد يتضمن توافق ارادتين . أما الأرادة الظاهرة الأولى فتسمى « ايجابا » . وأما الثانية فتسمى « قبولا » ، ويقصد بالأولى السابقة فى الزمان .

ولا مراء فى أن العقد لايوجد إلا اذا طابق القبول الايجاب مطابقة تامة ، اذ بذلك يتحقق التوافق .

ويلاحظ أن الأيجاب لا يقيد وحده الموجب ، فيما عدا احوال الأرادة المنفردة . ولذلك يستطيع الموجب الرجوع عن إيجابه ما دام الطرف الآخر لم يقبل

١٤٠ — **نظرية مجلس العقد** — يسقط الأيجاب اذا فض مجلس العقد قبل القبول . وعلى ذلك يمكن القول . أن نظرية « مجلس العقد » ترمى الى تحديد أجل للمتعاقدين ، يسقط بعده ايجاب الموجب شرعاً ، وللقابل القبول فى اثنائه دون الأضطرار الى القبول فوراً .

ويقصد بمجلس العقد . الفترة التى يقع فيها تلاقى الطرفين ، لعقد العقد . وتنقضى هذه الفترة فى الاصل . بافتراق الطرفين أو بانشغالهما أواحدهما عن شؤون العقد .

ويؤخذ على الفقهاء انهم تطرفوا فى الشكلية الى حد بعيد ، فى تصويرهم لمجلس العقـد . من ذلك أنهم قالوا . أن أحد المتعاقدين اذا قام أو سار فقد انقضى المجلس ؛ وكذلك لو قاما معاً ، أو سارا كذلك . على أن المجلس قد ينعقد اثناء سيرهما ، ولـكن يشترط فى هذه الحالة أن يصدر كل من الأيجاب والقبول فى لحظة واحدة ، لـكيلا يعتبر القبول صادراً بعد تحرك احدهما .

١٤١ - وتعليل هذه النظرية . أن القبـول يجب أن يتبع الأيجاب مباشرة فى الأصل ، لينعقد العقد . ولما كان هذا الشرط من الصعب تصوره ، فقد جعلوا للعقد مجلسا ، تعتبر ساعاته وحدة من الزمان .

على أن لهـذه النظرية استثناء . فقبول الموصى له فى الوصية يشترط وقوعه بعد وفاة الموصى .

وقد عثرنا فى ورقة بردية . يرجع تاريخها إلى سنة ٤٢٣ هـ (أنظر مجموعة (جروهمان) جـ ٣ ص ٣٦٥ تحت رقم ٦١) على إشارة إلى هذه النظرية حيث جاء فيها : « وتفرقا بأبدانهما بعد تمام البيع » . وتشعر هذه العبارة بأن المتعاقدين قد خضعا للمذهب الشافعى . ويلاحظ هنا على (جروهمان) انه قد قرأ « تعرفا » بدلا من « تفرقا » . وهذا ظاهر من ترجمته الانجليزية : « and they both know each other by their persons »

١٤٢ - **التعاقد بين الغائبين** — يجوز التعاقد بين الغائبـــين أى المتباعدين . وفى هذه الحالة يصدر الايجاب كتابة . ويعتبر المجلس منعقداً عند وصول الـكتاب إلى الطرف الآخر . ولذلك يطلب من هذا الطرف أن يبدى قبوله قبل فض هذا المجلس .

وقد يصدر الايجاب ، لا بواسطة الـكتابة ، بأن يبعث الطرف الأول

برسول يتلفظ مكانه بما يريد . وعلى الطرف الثانى فى هذه الحالة كذلك أن يبدى قبوله فى مجلس وصول الرسالة .

وللقابل أن يبدى قبوله كتابة أيضاً .

ويلاحظ أنه إذا كان قد أرسل الموجب ايجابه كتابة ، فهو يستطيع الرجوع عنه ، ما دام الطرف الآخر لم يقبل ، كما لو كان ايجابه شفوياً .

١٤٣ — وعلى ذلك يمكن القول أن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل . ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب .

ويلاحظ أنه على وجه عام ، يشترط أن يسمع الطرف الآخر إيجاب الموجب ، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول .

١٤٤ — ويلاحظ أخيراً . أنه لا يكفى أن يكون الايجاب قد وصل إلى علم الطرف الآخر عن طريق الصدفة . فيلزم أن يكون قد وصل اليه قصداً ، برسالة أو كتابة .

(٣) الارادة الحقيقية

١٤٥ — الأصل كما رأينا ، أن العقد ينعقد بالارادة الظاهرة . إلا أنه إذا كانت تلك الارادة الظاهرة لا تطابق الارادة الحقيقية ، اختل العقد . ذلك أن الألفاظ هنا ، وإن كانت مقصودة ، إلا أن أثرها لم يكن مقصوداً . فينعقد العقد ، وتبقى آثاره ناقصة .

ونستعرض الآن الأحوال التى لا تكون فيها الارادة الظاهرة مطابقة للارادة الحقيقية ، وهى احوال : (١) الاكراه . (٢) التدليس . (٣) الغبن . (٤) الغلط . (٥) عدم الأهلية .

١٤٦ – (١) **الإكراه** — الاكراه أهم عيوب الرضاء فى الفقه الاسلامى. وهم يفردون له كتاباً خاصاً. والمقصود هنا بالاكراه هو الاكراه الادبى. فيعتبر مكرها من وجد نفسه معرضاً لضرر يحيق به، إذا لم يلتزم، فاختار الالتزام. وقد قرر الفقهاء صراحة أن المكره فى الواقع مختار، بمعنى أنه يختار أهون الشرين.

والاكراه عبارة عن تهديد، وهو على نوعين اكراه تام واكراه ناقص. والاكراه يكون تاماً، إذا كان التهديد منصبا على حياة المكره، أو على عضو من أعضائه: ويكون ناقصاً إذا كان التهديد واقعاً على حريته، كأن يهدد بالحبس أو بالقيد؛ أو على جسمه دون أن يبلغ جسامة الأول، كأن يهدد بالضرب الذى لا يذهب بحياته، ولا بعضو من أعضائه. على أن هذه التفرقة نظرية محضة فيما يتعلق بالعقود.

١٤٧ — ويشترط فى المكرِه، أن يكون فى استطاعته تنفيذ ما توعد به المكرَه. ويشترط فى المكرَه، أن يكون قد دخل فى روعه، أن التهديد سينفذ بالفعل. فيمكن القول إذاً، أن تقدير الاكراه أساسه ذاتى فى الفقه الاسلامى، فتلاحظ فى كل حالة قوة المكرِه، ومبلغ تأثير تهديده على مخيلة المكرَه.

ولا يكون موضوع الاكراه فى جميع الأحوال كما يرى إلا ضرراً مادياً يتحمله المكرَه فى جسمه.

١٤٨ — أما الخلل الذى يصيب العقد من تأثير الاكراه، فسنبينه عند الكلام على نظرية البطلان والفساد. ومن مميزات الفساد هنا، أن المكره يستطيع دائما هو، أو ورثته، استرداد الشىء الذى باعه مكرها، ولو تداولته الأيدى.

١٤٩ — ويظهر من استقراء الوثائق ، أنه كان يتحرز فى العمل باحتياط شديد ، من أثر هذا العيب . ولذلك يقرر المتعاقدان دائماً ، مع تكرار فى الألفاظ ، أنهما قد رضيا بالعقد غير خائفين ، ولا مكرهين ، ولا مضطرين الخ .. (انظر الورقة البردية رقم ٧٥١٥ ، فيوم رقم ١١) . ويرجع تاريخ هذه الورقة إلى سنة ٢٦٧ هجرية وهى منشورة بمجموعة متحف برلين (ص٢١ – ٢٤) . ويلاحظ أن العقد الثابت فى هذه الورقة طرفاه من مسيحي مصر وقد قررا فيه أنهما تبايعا « على بيع الاسلام وعهدته وشريطته » .

١٥٠ — (٢) **التدليس** — إذا كان ما حمل أحد المتعاقدين على التعاقد ، كذب المتعاقد الآخر ، أو ما استعمله هذا المتعاقد الآخر من الطرق الاحتيالية ، فلا يمكن القول أن المتعاقد الأول ، قد أراد حقيقة أثر العقد ، لذلك يختل هذا الأثر .

ومن أمثلة التدليس : التاجر الذى ينسب إلى بضاعته ميزات ليست بها ، وكذلك التاجر الذى يبالغ فى تبيان محاسن بضاعته فيشترى المشترى متأثراً بذلك ؛ وقد يقع التأثير على البائع ، كأن يبخس المشترى قيمة الشيء ليحصل عليه فى مقابل ثمن زهيد ، فيبيعه البائع بهذا الثمن . وفى جميع هذه الأحوال يعتبر التدليس أو « التغرير » ، كما يقولون ، تدليساً قولياً . أما إذا كان التاجر قد استعمل طرقاً احتيالية لـكى يلقى فى روع المشترى أن لبضاعته صفة معينة ، ليبين مثلا أن البقرة حلوب ، فيعتبر تدليسه فعلياً . وهذه هى حالة « التصرية » ، وقد وردت فى حديث .

١٥١ — ولا تتأثر الرابطة التعاقدية من التدليس ، إلا إذا توفر فى التدليس الشرطان الآتيان :

(١) أن يكون قد ارتكبه أحد المتعاقدين ، أو السمسار الذى توسط

بينهما . أما إذا كان قد ارتكبه أجنبي ، فلا أثر له ، على الراجح .

(٢) أن يكون قد أصاب المتعاقد من جرائه غبن فاحش . فى حالة التدليس القولى ؛ أو غبن يسير . فى حالة التدليس الفعلى .

على أنه فى حالة التصرية ، لم يسلم (أبو حنيفة) بجواز الفسخ رغم الحديث . ولا يكون للمشترى فى هذه الحالة ، سوى حق الرجوع ببعض الثمن .

١٥٢ — وفى حالة بيع المرابحة . اذا لم يصدق البائع عند ذكر الثمن الذى اشترى به المبيع ، يجوز للمشترى أن يفسخ العقد .

ويلاحظ هنا أن مايطلقون عليه لفظ « الغرور » ، هو عبارة عن تضليل الغير ، والأخلال بما له من الثقة المشروعة . وهو يولد مسؤولية غير تعاقدية .

١٥٣ — ويلاحظ اخيراً أن حق الفسخ بسبب التدليس . لا ينتقل الى ورثه المجنى عليه .

١٥٤ — (٣) الغبن — الغبن ليس فى الأصل عيباً من عيوب الرضا . وهذا هو فقه ظاهر الرواية . ومما يؤيد ذلك ، أن الوكيل يستطيع فى رأى (ابى حنيفة) ، أن يبيع ، مع الغبن الفاحش . فلأن يكون ذلك للاصيل أولى .

ولكن قد ذكر (محمد) فى « الجامع الصغير » ، أن الصلح بين المالك والمغتصب على قيمة الشىء المغتصب ، يمكن تعديله اذا كان يتضمن هذا الصلح غبناً فاحشاً ، فى مصلحة المالك . وفى القسمة ، يراعى ما قد يقع على أحد المتقاسمين من الغبن . أو كما يقولون من « الجور » .

١٥٥ — ولكن يظهر أنهم قد انتهوا الى اعتبار الغبن فى البيع كذلك . وهذا على الأقل رأى البعض . فقد ذهب هذا البعض الى أن الغبن يعتبر

عيباً من عيوب الرضا ، اذا كان المتعاقد الآخر قد قبل ،وهو جاهل الغبن .

أما رأى الفريق الأكبر ، فهو أن الغبن لا يعتبر الا اذا توفر الشرطان الآتيان :

(١) أن يكون فاحشاً . ويكون كذلك إذا تجاوز نسبة ١ من ٢٠ . ويرى بعض الفقهاء ، أنه يكون كذلك إذا تجاوز الخمس فى العقارات ، والعشر فى الحيوان ، و ١/٢ فى العروض ، على أنه فى العروض إذا كانت قيمتها معروفة ، فكل خلاف بينها وبين الثمن يعتبر غبناً .

وقد اكتفى البعض بالقول ، أن الغبن يكون فاحشاً ، إذا كانت القيمة المتفق عليها أقل أو أزيد مما قدره جملة مقومين ..

ولكن إذا كان العقد قد صدر من وكيل ، أو من مفلس ، أو من مريض فى مرض موته ، فيجوز للموكل ، أو للدائنين ، أو للورثة ، أبطاله ، ولو كان الغبن يسيراً ، ما لم يدفع لهم الفرق .

وقد يتطلب من الوصى فى بعض الأحوال ، ليس فقط أن يكون عقده خالياً من الغبن ، بل أن يكون أيضاً به زيادة فى مصلحة المحجور عليه ، وهو ما يسمونه « بالخيرية » ، وهذا هو الحكم إذا كان الوصى قد تعاقد مع نفسه .

(٢) أن يصاحبه تغرير . فلا يكون الغبن وحده من عيوب الرضا . وهو رأى دافع عنه (ابن عابدين) واستقر عليه المذهب . وطبقاً لهذا الرأى يمكن ادماج العيبين معاً ، فيكون العيب هو عبارة عن غبن تدليسى .

ولكن يلاحظ أن الغبن وحده قد يكفى فى بعض الأحوال . فقد ذكر (ابن عابدين) نفسه أن الغبن يكفى إذا تعاقد الشخص تحت تأثير الضرورة .

ومن المسلم به ، أنه إذا كان العقد قد صدر من قاصر ، أو من وقف ، أو من بيت المال ، فلا يشترط فى الغبن أن يصاحبه تغرير .

١٥٦ — إذا وقع الغبن التدليسى أمكن فسخ العقد . ويستطيع المشترى فسخ البيع ، ولو كان قد تصرف فى المبيع . إلا أنه فى هذه الحالة ، تقع المقاصة بين قيمة الشيء الحقيقية ، والثمن الذى يطلب المشترى رده .

١٥٧ — (٤) **الغلط** — إذا كان موضوع العقد قد تعين فى العقد ، ثم اتضح أن ما ورد عليه العقد بالفعل ، يخالف فى جوهره ماذكر فى العقد ، كان العقد منعدم الموضوع ، فيبطل . من ذلك ، ما إذا اشترى حجارة ثمينة ، فظهر أنها زجاج .

وإذا كان ما ورد عليه العقد بالفعل ، لا يخالف ما ذكر فى العقد ، إلا فى بعض الصفات ، فالعقد يعتبر منعقداً ، ولكنه يبقى مختلا . وهل يمكن القول أن الخلل هنا يرجع إلى حصول غلط فى الموضوع ؟ لم يقل الفقهاء ذلك ، على أن الواقع ، أنه إذا اشترى شخص شيئاً ، على أن صفة معينة متوفرة فيه ، ولم يكن ذلك صحيحاً ، فقد وقع هذا الشخص فى الغلط . أما الفقهاء فيقولون أن شرطا من شروط العقد لم ينفذ فى هذه الحالة . ولهذا السبب يستطيع المشترى الفسخ . كما لو اشترى حجارة ليلا على أنها سوداء ، فاذا بها خضراء ، أو كما إذا اشترى حيوانا على أنه ذكر ، فاذا به أنثى .

ولقد قالوا ، أن العقد يفسد إذا كانت الصفة المتخلفة ذات أهمية ، كما لو اشترى داراً على أنها بنيت بالحجارة ، فاذا بها من لبن .

١٥٨ — ويتضح مما تقدم ، أنه لا يحتاج بالفعل إلى نظرية الغلط فى الأحوال المذكورة . أما فى حالة الغلط فى الصفات الجوهرية ، فالعقد باطل لانعدام موضوعه ؛ وأما فى حالة الغلط فى الصفات الثانوية ، فالعقد ينفسخ للاخلال بشرط من شروطه . وفى هذه الحالة الأخيرة ، لا يبحث عما إذا كانت الصفة موضوع الغلط ، تعتبر هى الدافعة على التعاقد ، أم لا ، فالمفروض أنها كذلك ، وإلا لما اشترطها المتعاقدان .

ويبقى أنه إذا لم يكن هناك شرط صريح ، لا يمكن فسخ العقد ، ما دام الغلط وارداً على صفات ثانوية . وقد يحصل بالفعل أن ينظر المشترى إلى صفة خاصة فى المبيع ، ولا يجعلها شرطاً صريحاً من شروط العقد ، فتبقى هى فى ذهنه محل العقد . ولكن يلاحظ ، أنه يصعب دائماً فى العمل إثبات حصول الغلط فى هذه الأحوال ، ولذلك وجدت المحاكم الفرنسية نفسها مضطرة إلى الرجوع دائما إلى نصوص العقد ، وصانت بذلك العقود من خطر الادعاءات الفاسـدة .

١٥٩ — وفى الجملة ، الغلط فى الصفات الجوهرية يبطل العقد : بينما الغلط فى الصفات الثانوية ، ولو كانت من الصفات الدافعة على التعاقد ، لا يؤثر فى العقد ، ما دامت صفة من تلك الصفات لم تشرط بالعقد . ويمكن القول إذاً ، أن الغلط لا يعتبر عيباً من عيوب الرضا ، إلا إذا ورد على جوهر المعقود عليه .

ولكن يلاحظ مع هذا أن الغلط فى شخص المتعاقد ، قد يكون سبباً للفسخ . من ذلك ، أن من تعاقد مع وكيل يستطيع الفسخ إذا اتضح له أنه قاصر . ذلك أن الوكيل القاصر لا يسأل هو عن تصرفاته ، وتخالف هذه النتيجة غرض المتعاقد معه .

١٦٠ — وقد ذكروا أن « الخطأ » عيب من عيوب الرضا ، بمناسبة الاجارة والوصية . وقد قالوا أن « الخطأ » كذلك لا يؤثر فى الطلاق . ويلاحظ أن نظرية خيار العيب ، وخيار الرؤية ، تمت إلى نظرية الغلط بصلات وثيقة .

١٦١ — وقد ذكروا « الغلط » بمناسبة القسمة ، ويقصدون بالغلط هنا الغلط المادى فى عملية القسمة ، وأثره أن القسمة تعاد .

على أن الغلط المـادى ، فى حسـاب الثمن ، أو فى عدد الأشياء المبيعة ،

لا يؤثر فى عقد البيع . ولا يمكن تصحيح العقد بعد وقوع الغلط . فقد قالوا أن الثمن الواجب على المشترى هو الثمن الوارد ذكره فى العقد ولو كان مجموع مفردات الحساب أزيد مما ذكر .

١٦٢ — (٥) **عدم الأهلية** — نرى اتباع ما ذهب اليه العلامة (جوسران) من اعتبار عدم الأهلية عيباً من عيوب الرضا . على أن دراسة عدم الأهلية تخرج عن نطاق نظرية الالتزام . ويكفينا هنا أن نقول أن انعدام الارادة عند المجنون والصبى غير المميز ، يجعل عقودهما باطلة ، ولو أنهما يسألان عن الضرر الناشىء عن فعلهما . وأن انعدام الارادة انعداماً جزئياً عند الصبى المميز ، والمعتوه ، وذى الغفلة ، يؤثر فى العقود المترددة بين النفع والضرر ، ويبطل العقود الضارة بهم ضرراً محضاً . وحال السفيه كحالهم فيما عدا الوصية .

ويلاحظ أن المدين المفلس ، والمريض مرض الموت ، يصح اعتبارهما أيضاً كناقصى الأهلية ، بالنسبة للورثة ، والدائنين : ولذلك لا تنفذ العقود الصادرة منهم اضراراً بهؤلاء وهؤلاء .

وسنبين فيما بعد ، طبيعة الخلل الذى يصيب العقود ، من جراء عدم الأهلية . ونلاحظ هنا أن نظرية الأهلية لم ترد مبسوطة إلا فى كتب الأصول .

(٤) النظرية العامة للبطلان

١٦٣ — إذا لم يتوفر ركن من أركان العقد ، لم ينعقد هذا العقد ، ويقول الفقهاء فى هذه الحالة ، أن العقد يكون « باطلا » .

وإذا توفرت جميع أركان العقد ، إلا أنه داخله عيب من العيوب ، فالعقد يسمى « فاسداً » .

ويلاحظ هنا أن بعض المؤلفين لا يراعون دائماً الدقة فى التعبير . فكثيرا ما يخلطون بين اللفظين . وفى الواقع فان هذه التفرقة الهامة من مميزات الفقه الحنفى ، وهى تختلف اختلافاً تاماً عما هو معروف فى القوانين الحديثة بالبطلان المطلق ، والبطلان النسبى .

فى الفقه الاسلامى ، البطلان والفساد كلاهما يجعلان العقد معدوم الأثر . أما الآثار التى قد تنشأ عن العقد الفاسد ، فهى كما سنبينه آثار ناشئة فى الواقع عن تنفيذه . ثم ان البطلان فى كلا الحالين ، يستطيع التمسك به الطرفان ، والغير أياً كان . فالعيب الذى يسبب الفساد ، كالعيب الذى يسبب البطلان ، لا يهم فقط المتعاقدين ، ولا يتعلق بمصلحة أحدهما الخاصة .

وسنستعرض الآن أحوال البطلان لعدم الانعقاد ، ونتبعها بدراسة طبيعة هذا البطلان ، ثم نستعرض أحوال البطلان لعيب شاب العقد ، وهو ما يسمونه « بالفساد » ، ونتبعها كذلك بدراسة طبيعة هذا الشكل الثانى للبطلان . ونردف هذا كله بدراسة أنواع أخرى للبطلان ، لا سيما الجزاءات التى رتبها الشرع . عند ما يكون رضا المتعاقدين معيباً .

١٦٤ — **(أولا) العقد الباطل لعدم الانعقاد — (١) أحوال هذا البطلان** — قلنا أنه اذا انعدم ركن من أركان العقد ، فلا ينعقد العقد ، ويقصد بالأركان الشروط الواجب توافرها فى كل عقد على العموم ، وكذلك الشروط المطلوب توافرها لانعقاد عقد معين .

وتطبيقاً لذلك يكون العقد باطلا ، إذا لم يكن له محل ، كما لو كان هذا

المحل مما لا يصح التعامل به ، أو لم يكن مالا ، أو كان مما لا يتملك من الأموال.

وكذا يكون العقد باطلا ، إذا لم يكن له طرفان ، كما لو كان الشخص قد تعاقد مع نفسه ، أو إذا كان أحد الطرفين مجنوناً ، أو صبياً غير مميز .

ويكون العقد باطلا أخيراً ، إذا كان قد شاب الشكل الذى ظهرت به الارادة ـ وهو ما يسمونه بالصيغة ـ عيب ، كما لو كان الموجب قد استعمل صورة الأمر ، أو إذا لم يطابق الايجاب القبول ، أو إذا كان هذا التطابق لم يتم فى وحدة الزمان المسماة بمجلس العقد .

ويلاحظ أن الفقهاء لم يذكروا السبب كركن من أركان العقد ، ولكنا قد رأينا أن العقد يسقط فى الواقع ، إذا لم يكن له سبب ، فيما عدا أحوال الربا .

١٦٥ — وما بيناه من القواعد ينطبق على جميع العقود . ففى إجارة الأشخاص ، يبطل العقد إذا كان التزام رب العمل لا سبب له ، كما لو كانت الخدمة واجبة قبل العقد على الأجير . وفى الرهن ، يبطل العقد إذا كان المقصود به ضمان دين غير مشروع ، كأجرة المغنية . وفى الصلح ، يبطل العقد ، إذا كان موضوعه التنازل عن حق خيار الشرط . وفى الكفالة ، يبطل العقد ، إذا كان الكفيل قد كفل الوديع فى حالة هلاك الشىء المودع دون تقصير ، ذلك لأن الالتزام الأصلى لا وجود له . وكذلك اذا كفل الوكيل الشخص المتعاقد معه قبل الموكل ، ذلك أن الوكيل مسؤول قبل الكفالة ، قِبل الموكل . وفى الشركة أخيراً ، يبطل العقد اذا كان موضوعه من الأشياء المباحة .

١٦٦ — (٢) **آثار البطلان لعدم الانعقاد** — من الطبيعى ألا يكون للعقد غير المنعقد آثار ، فالعقد فى نظر الشرع غير موجود ، وهو

والعدم سواء. ففي البيع مثلا ، لا تنتقل الملكية الى المشترى ولو تسلم المبيع ، وفى الرهن الباطل لا يجوز للدائن حبس العين ، وفى الاجارة الباطلة لا يجبر المستأجر على دفع الأجرة .

فاذا كان قد تنفذ العقد رغم البطلان ، يلزم رد الحالة الى ما كانت عليه. ففي الصلح مثلا يستطيع من دفع شيئاً للتصالح أن يسترده ، وفى البيع يستطيع المالك أن يسترد العين ولو كانت الأيدى قد تداولتها أو وقفها المشترى .

ولا يقبل العقد الباطل الاجازة بالبديهة ، ذلك أنه لا يصح إجازة العدم.

١٦٧ — ولكن هناك مسألة ضمان الهلاك . على من تهلك العين اذا حصل تسليمها ، رغم بطلان العقد ؟ يقضى المنطق بأن تهلك العين فى هذه الحالة على البائع ما دامت هى باقية على ملكه . ولكنهم قد جعلوا الهلاك هنا على المشترى ، وقد قاسوا حالته على حالة المشترى تحت سوم الشراء ، أى الشخص الذى قبض العين ليفحصها قبل شرائها ، فهلكت بين يديه . ففي الحالتين ، يهلك الشيء على شخص لم يتملكه ، ولكن فى الحالتين قد قبض هذا الشخص الشيء ، وهذا القبض قد حصل بقصد تحقيق مصلحة له ، فامكن لذلك تحميله الغرم .

١٦٨ — **(ثانيا) العقد الباطل لعيب من العيوب أو العقد الفاسد**

(١) **أحوال البطلان الناشىء عن الفساد** — بعد توفر أركان العقد ، تبقى هناك شروط أخرى ، يشترطها الشرع ، فاذا هى لم تتوفر فسد العقد . وفى الواقع ، يتبين من تقصى النصوص أنه ما من حكم من أحكام الشرع فيما يتعلق بالعقود ، يمكن مخالفته دون أن ينشأ عن هذه المخالفة فساد . سواء كانت هذه الأحكام عبارة عن شروط عامة للعقود ، أو كانت شروطا خاصة بعقد من

هذه العقود . فالبطلان هو إذاً فى هذه الصورة ، الجزاء الذى يرتبه الشرع على مخالفة أحكامه ، ما دامت هذه المخالفة ، لم تعدم ركنا أساسياً من أركان العقد .

وعلى ذلك يكون العقد فاسداً ، إذا أصاب العقد عيب ، فى وحدته ، أو فى محله - بأن كان المحل غير معين أو كان موضوع العقد لا يخلو من الغرر - أو فى سببه - كالربا وشبهة الربا . ويدخل فى فكرة الوحدة ، اقتران العقد بشرط فاسد . ويدخل فى عدم التعيين ، جهالة الأجل .

ويلاحظ أن عدم التعيين ، أو الجهالة على العموم . لا تمنع من انعقاد العقد بل هى تفسده سواء تناولت ركنا أساسياً من أركانه أو شرطا من شروطه . ومن أمثلة ذلك عدم تعيين الثمن فى البيع ، وعدم تعيين الأرباح فى عقد الشركة . ويلاحظ مع ذلك أن الثمن ليس ركنا أصلياً من أركان عقـــد البيع ، ولذلك لا يبطل العقد لعدم ذكر الثمن أو لكون الثمن مما لا يتعامل به الناس .

وعلى العموم ، لا يلزم أن يداخل الفساد ، أحد أركان العقد ، بل يكفى أن يخالف المتعاقدون شرطا من الشروط ، ولو كان غير أساسى ، ليفسد العقد . وكذا لو كان هذا الشرط خاصا بعقد من العقود ، كشرط القبض فى بيع المنقول ، فاذا كان قد تم البيع قبل قبض البائع للمبيع المنقول ، يفسد البيع . والأمثلة على ذلك كثيرة فى المزارعة ، وفى الصرف .

ومخالفة أى حكم ولو لم يكن شرطا من شروط العقد نفسه يفسد العقد أيضاً كما قلنا ، من ذلك أن جعل خيار الشرط ، لا كثر من ثلاثة أيام ، يفسد العقد .

ويتضح مما تقدم . أن أسباب الفساد كثيرة ، ولذلك قلنا أن حرية التعاقد انحصرت ضمن حدود ضيقة . فالفساد هو الحائل دون حرية التعاقد

فى الواقع ، إذ هو جزاء جميع النصوص الآمرة كما قدمنا .

١٦٩ — (٢) آثار البطلان الناشىء عن الفساد — (أ) فيما بين المتعاقدين — العقد ، فى الواقع ، باطل ، فهو لا أثر له . فنى البيع مثلا ، لا تنتقل ملكية العين إلى المشترى . وفى الرهن لا يكون للدائن ، فى الأصل ، حق حبس الشيء المرهون . وكذلك فى الشركة الفاسدة ، توزع الأرباح بنسبة حصص الشركاء فى رأس المال ، دون اكتراث بما نص عليه العقد . وفى المزارعة الفاسدة ، لا يمكن اجبار المزارع على العمل .

ويلاحظ أن البطلان هنا ، لا يحتاج إلى حكم القضاء لتقريره . فهذا البطلان يستطيع التمسك به كلا الطرفين ، وللقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه . والعقد الفاسد لا يقبل الاجازة مطلقاً ، ولا يزول البطلان ، فى الأصل ، أبداً ، ما لم يكن الفساد قد نشأ عن اقتران العقد بشرط فاسد ، أو عن اتصافه بأجل مجهول ، فيزول البطلان بحذف الشرط ، أو التنازل عن الأجل . ويمكن أيضاً ازالة الفساد الناشىء عن تعيين الثمن ، بتعيينه قبل انقضاء مجلس العقد .

والتنفيذ فى الواقع ، لا يزيل هو نفسه ، البطلان الناشىء عن الفساد . فقد نصوا على أن للكفيل ، إذا دفع بمقتضى عقد كفالة فاسد ، أن يسترد ما دفعه ، وأن للراهن ، فى الأصل ، أن يسترد الرهن من المرتهن ، إذا كان عقد الرهن فاسداً .

١٧٠ — وفى البيع كذلك ، للبائع أن يسترد المبيع ، ولو كان قد سلمه إلى المشترى .

وهنا نلاحظ ، أن الفقهاء قد قالوا ، أن القبض ينقل الملكية فى البيع الفاسد . على انا نرى أن هذا ليس إلا مجرد تصوير ، يقصد به تصحيح تصرف

المشترى فى العين المبيعة ، فتتحقق بذلك حماية الغير ، كما سنبينه . أما الواقع ، فهو كما ذهب اليه فقهاء العراق ، أن المشترى ليس له حق على العين المقبوضة ، فهو لا يستطيع الانتفاع بها ، ولا من باب أولى استهلاكها . ومما يؤيد عدم انتقال الملك اليه ، أن الشفعة نفسها لا يصح طلبها ، رغم حصول القبض .

١٧١ — وإذا هلك الشىء بعد أن قبضه المشترى ، أو تغير شكله ، لزم المشترى تعويض البائع ، لا دفع الثمن ، فالعقد إذاً لم يتصحح . وفى رأى (محمد) تعتبر قيمة الشىء ، فى يوم الهلاك .

وكذلك إذا كان المستأجر قد انتفع بالفعل بالعين المؤجرة ، كان للمالك أن يرجع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب ، إذ موضوعها لا يكون الأجرة المتفق عليها ، بل قيمة الريع المتوسط للأرض المؤجرة . وهو ما يسمونه « أجر المثل » . ويلاحظ هنا أن هذه القيمة يجب ألا تتجاوز مقدار ما سمى من الأجرة .

وكذلك أيضاً فى اجارة الأشخاص والمزارعة ، يرجع العامل الذى عمل ، لا باجره المشروط ، ولكن باجر المثل ، ولا يشترط أن يكون عمله قد سبب لرب العمل اثراء بالفعل ، كما سنبينه .

وهذا هو أيضاً حكم المضارب فى المضاربة الفاسدة ، فهو يرجع بأجر عمله لا بنصيبه فى الأرباح .

١٧٢ — (ب) بالنسبة للغير — الغير هو من يخلف المشترى فى العقد . والسؤال ، هل يصح الاحتجاج قبل هذا الغير ، بفساد العقد ؟ وبعبارة أخرى ، هل يصح لمالك الشىء أن يسترده ، ولو تداولته الأيدى ؟ من الظاهر أنه إذا صح له ذلك لتزعزت العلاقات التعاقدية . فاسباب الفساد كثيرة وليس فى الفقه الاسلامى طرق لشهر التصرفات ، فيبقى الغير إذاً جاهلا

لعيوب ملكية من نقـــل له الملك ، وإذا اشترى كان ملكه متقلقلا . لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة ، يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر . ذلك أنهم نصوا على أن التصرف فى العين يطهرها من العيوب التى تشوب ملك المتصرف .

ولكن تقوم هنا صعوبة . كيف يتيسر لشخص أن يملك أكثر مما يملك ؟ يظهر أن هذا التناقض دعا الفقهاء إلى تصور انتقال الملك إلى المشترى بالقبض ، ولذلك قرروا أنه وان لم يكن لهذا المشـترى أن ينتفع بالعين ، إلا أنه له بيعها وهبتها ورهنها لا اجارتها .

وعلى ذلك لا يستطيع المالك فى هذه الأحوال استرداد الشيء من الغير ، وهو له فقط المطالبة بتعويض ، ويكون عبارة عن قيمة الشيء المبيع .

١٧٣ — ويلاحظ أخيراً أن القول بانتقال الملك إلى المشترى بالقبض ، هو تصوير حنفى بحت . وهو جوهر نظرية الفساد . وقد قلنا أن المقصود منها فى الواقع حماية حقوق الغير . ولكن نلاحظ أن هذه الحماية لا تمتد إلى أحوال البطلان لعدم الانعقاد .

١٧٤ — **(ثالثا) نوع آخر من البطلان وآثار عيوب الرضا على العموم** — لا توجد فى الفقه الاسلامى ، نظرية عامة لعيوب الرضا . وهم لم يذكروا من عيوب الرضا صراحة سوى الاكراه ، وقد رأينا أن العيوب الأخرى يتناولها الشرع من طرق غير مباشرة . على أننا سنجمع هنا آثار عيوب الرضا على اختلافها .

١٧٥ — (١) **الاكراه** — يقول الفقهاء أن العقد إذا شابه إكراه فسد ، على أن للفساد هنا طبيعة خاصة ، فهو لا يهم غير المكره ، ولذلك

للمكره أن يجيز العقد فيزول الفساد ، ولكن يشترط أن تحصل الاجازة بعد زوال الاكراه ، على أن للاجازة أثراً رجعياً .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الفساد هنا لا يحتج به إلا المجنى عليه فيه ، إذا كان الشيء قد قبضه المشترى . وللمكره أن يسترد دائماً المبيع ، وإن تداولته الأيدى ، إلا إذا كان قد أصبح وقفاً .

ويلاحظ أخيراً ، أن الشيء يهلك على مالكه ، إذا كان فى يد المكره ، ولكن ما قبضه الطرف الآخر يهلك عليه ، ويلزم بتعويض المكره .

١٧٦ — (٢) **التدليس** — لمن دلس عليه ، حق فسخ العقد . ولكن التدليس قبل الفسخ ، لا يؤثر فى العقد ، فيكون للعقد جميع آثاره ، إلى أن يفسخ . على أن الفسخ يعدم العقد ، ويجعله كأن لم يكن .

ويلاحظ أن حماية الغير ، تتم هنا بالكيفية التى ذكرناها فى نظرية الفساد أى يعتبر التصرف فى العين مطهراً لها .

١٧٧ — (٣) **الغبن** — الغبن يفسد العقد ، إذا كان المغبون قاصراً أو وقفاً أو بيت المال ، وكذلك الحكم فى القسمة . وورد فى بعض النصوص أن العقد يكون فى هذه الأحوال ، باطلا .

١٧٨ — (٤) **الغلط** — الغلط فى الصفات الجوهرية لموضوع العقد ، يجعل العقد باطلا ، لعدم الانعقاد . ذلك أن المحل يعتبر هنا منعدماً . وإذا كان الغلط فى صفات ثانوية ، يكون لمن غلط حق الفسخ ، كما قلنا فى التدليس .

١٧٩ — (٥) **عدم الأهلية** — لعدم الأهلية آثار مختلفة . فاذا كانت مطلقة ، كما فى حالة المجنون والصبى غير المميز ، يبطل العقد لعدم

الانعقاد . وإذا كانت جزئية ، كما فى حالة الصبي المميز والمعتوه وذى الغفلة ، يبطل العقد الضار بالمحجور عليه ضرراً محضاً . أما العقد المتردد بين النفع والضرر ، فلا أثر له ما دام الوصى لم يجزه ، وعند عدم الاجازة ، يعتبر كأن لم يكن .

وعقود المفلس ، والمريض مرض الموت ، تعتبر كذلك لا أثر لها ، بالنسبة للدائن والورثة .

(٥) الآثار العامة للعقود

١٨٠ — العقد يقيد المتعاقدين . ولذلك لايستطيع أحد الطرفين ، بعد العقد ، التحلل من قيود العقد ، ما لم يتفقا على الاقالة . أما ارادة أحد الطرفين ، فلا تستطيع هدم العقد ، ولا تعديله .

على أن قوة العقود الالزامية ، وإن كانت هى الأصل ، فقد ورد عليها عدة مستثنيات ، مما جعل رابطة العقد ، فى الجملة ، متراخية . ويظهر ، أنه لم يكن من السهل ، فى تلك العصور ، قبول فكرة التقيد برباط العقد تقيداً نهائياً . ولذلك نجد عدداً كثيراً من العقود ، لا يستطيع أحد المتعاقدين الرجوع فيهـا ، بعد تمامها ، وهى مايسمونه ، « بالعقود غير اللازمة » . ويلاحظ كذلك ، أنه من المندوب إليه ، أن يجيب أحد الطرفين ، الطرف الآخر ، إلى طلبه الاقالة .

١٨١ — أما العقود غير اللازمة ، فهى :

(١) الوكالة . فليس للموكل ، أن يجبر الوكيل على العمل . وللموكل ، أن يفسخ الوكالة متى شاء . على أن الفقه العملى ، قد عالج عدم لزوم الوكالة ،

عن طريق ما يعرف باسم « الوكالة الدورية » .

(٢) العارية . فللمعير أن يسترد الشيء المعار ، ولو لم يحل الأجل المتفق عليه . وكذلك الأمر في الوديعة .

(٣) الشركة ، تنفسخ متى أراد الفسخ ، أحد الشركاء . وكذلك المضاربة .

(٤) الكفالة ، والرهن ، يجوز دائماً للدائن ، أن يرجع فيهما .

(٥) المزارعة ، يجوز دائماً للطرف ، الذي عليه البذر ، فسخها .

(٦) الاستصناع ، يجوز فسخه ، ما دام الشيء لم يصنع ، أو صنع ولم يعرض على رب العمل . ولهذا الأخير الفسخ ، ولو بعد صنعه ، وعرضه في ظاهر المذهب .

(٧) ويلاحظ أن نظرية الأعذار تؤثر تأثيراً عميقاً ، في القوة الالزامية لعقد الاجارة ، سواء في ذلك اجارة الأشخاص ، أو اجارة الأشياء .

(٨) والهبة ، يجوز الرجوع فيها ، ما دام لم يتحقق ، واحد من الموانع السبعة ، التي سردوها .

(٩) والتحكيم ، يجوز الرجوع فيه ، ما دام لم يصدر حكم .

(١٠) ولا حاجة للقول بأن الوصية كذلك يجوز الرجوع فيها ، ما دام الموصى على قيد الحياة .

١٨٢ — ويشترط كقاعدة عامة ، أن يصل الفسخ ، إلى علم الطرف الآخر . ويلاحظ ، أنه في الهبة ، يلزم الرجوع إلى القضاء .

أما قبل الفسخ ، فالعقد نافذ ، وآثاره كاملة .

١٨٣ — **تفسير العقود** — تفســير العقود ، يكون على أساس الارادة الظاهرة ، لا على أساس الارادة الباطنة . وقد قال (السرخسى) ، بصريح العبارة ، أنه يلزم التقيد بنص العقد ، دون الرجوع إلى نية المتعاقدين. وإذا كان اللفظ ، يحتمل أكثر من معنى واحد ، يستعان بنية المتعاقدين على تحديد المعنى . ويشترط على كل حال ، أن يكون المعنى ، مما يتضمنه اللفظ المفسر .

ويلاحظ فى التفسير ، أن يكون فى مصلحة الملتزم ، إذ المفروض دائما أنه يلتزم بالأقل ، والأصل البراءة .

ويلاحظ أخيراً فى التفسير ، ان مبنى عقود المعاوضة ، المماكسة ، بينما العقود التبرعية ، مبناها التجوز ، والحطيطة ، ومنها الصلح .

١٨٤ — **آثار العقد بالنسبة لخلفاء المتعاقدين** — فى الأصــل ، لا يستطيع الشخص ، أن يملك غيره ، أكثر مما يملك هو . ولكن قد رأينا ، أنه إذا كان حق البائع معيباً ، يزول العيب ، فى كثير من الأحوال ، عند التصرف فى العـين . من ذلك ، أن تصرف الموهوب له ، يطهر العين الموهوبة ، من حق الرجوع . وأنه اذا حصـل تصرف فى العين ، التى باعها المدين ، فى اثناء مرض الموت ، فان الدائنين ، لا يستطيعون ، ابطال هذا التصرف .

١٨٥ — **نظرية عدم النفاذ** — الأصل ، أن العــقد ، لا يمكن أن يضر بالغير . ومن ذلك أن البائع ، اذا لم يكن مالكا ، فعقده بالنسبة للمالك لا اثر له ، ويقول الفقهاء انه « غير نافذ » . وهل هــذا يفيد انه باطل ؟ فى الواقع ، العقد هنا ، باطل من جميع الوجوه ، الا انه يحتمل الأجازة من الغير . وعند ذلك يزول البطلان ، ويعتبر العقد ، كأنه قائم من تاريخ

الانعقاد . (قارن المادة ١٠٨ من القانون المدنى الألمانى ، وعدم نفاذ بيع ملك الغير فى الفقه الألمانى . انظر (سالى) ص ١٦٣ رقم ١٥٢) .

١٨٦ — (اولا) احوال عدم النفاذ — يمكن القول بوجه عام ، أن العقد ، اذا كان يمس حقا للغير ، يكون غير نافذ ، كما لو باع شخص ملك غيره . ويلاحظ هنا ، أن المقصود هو بيع الفضولى . وهو البيع الصادر من أجنبى ، فى مصلحة المالك . اما بيع ملك الغير فى غير هذه الحالة ، فهو باطل ، ولا يزول بطلانه ، ولو أصبح البائع مالكا بعد ذلك .

ويعتبر أيضاً غير نافذ : اجارة ملك الغير ، وبيع الشىء المؤجر للغير ، أو المرهون للغير ، واجارة الشىء المرهون للغير .

ويعتبر أيضاً كذلك ، بيع المريض مرض الموت ، لاحد الورثة . وتصرف المدين الضار بدائنيه . وذلك كله يمس حقوق الغير .

ويلاحظ اخيراً ، أن تصرف الوكيل خارج حدود توكيله ، غير نافذ كذلك ؛ وعقود القاصر المترددة بين النفع والضرر ، تعتبر غير نافذة ، مادام الوصى لم يجزها .

١٨٧ — (ثانيا) آثار عدم النفاذ — (١) فيما بين المتعاقدين — لا أثر العقد غير النافذ ، فيما بين المتعاقدين . فالملكية لا تنتقل الى المشترى فى البيع . وللبائع أن يقرر صراحة التحلل من رابطة العقد ، وكذلك المشترى .

(٢) بالنسبة للمالك أو لصاحب الحق — ليس للعقد كذلك أثر . وللمالك أن يرفض صراحة الأجازة . وكذلك المؤجر ، فى رواية (الطحاوى) . ولكن ، لصاحب الحق أن يجيز صراحة ، العقد ، وعند

ذاك ، يصبح للعقد أثر ،كما لو كان غير المالك ، قد تصرف بمقتضى وكالة ، ومن ذلك ، قالوا أن الأجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وعلى ذلك ، ترجع «حقوق العقد» ، هنا أيضاً ، الى العاقد. (سيأتى الكلام عن حقوق العقد فيما يلى).

ويلاحظ أن للأجازة أثراً رجعياً ، وعلى ذلك تكون الزيادة فى المبيع ملكا للمشترى ، ولذلك يشترط وجود العين ، عند انعقاد العقد .

ويقوم مقام الأجازة ، مضى مدة الاجارة ، دون أن يبدى المستأجر رغبة ما ، ولذلك لايستطيع المشترى بعد ذلك ، أن يتحلل من العقد . وكذلك عند ما تزول حالة الأفلاس ، تعود للعقد قوته كاملة .

ولكن لاتصح الأجازة ، اذا كان المتعاقدان ، قد تحللا قبلها صراحة . من قيود العقد ، أو مات احدهما ، أو هلك موضوع العقد .

(٣) **بالنسبة للغير** — يستطيع المالك أن يسترد عين ملكه ، ولوكان المشترى قد باعه ، وتداولته الايدى . فقاعدة أن التصرف مطهر ، لاعمل لها هنا . ذلك أن البطلان فى الواقع ، مطلق ، فى هذه الأحوال ، اذ هو لايرجع الى فساد فى العقد .

١٨٨ — القاعدة ، كما قلنا ، أن العقد ، لايمكن أن يضر بغير المتعاقدين . وهذه القاعدة مطردة . من ذلك ، انهم قالوا ، أن الثمن لايمكن اشتراط دفعه على غير المشترى . وأن الأتفاق على أن شخصاً اجنبياً عن العقد ، يقرض البائع ، لاقيمة له ، بالنسبة للاجنبى . وكذلك ، لاقيمة للشرط القاضى ، بان على شخص معين غير البائع ، أن يقوم بتسليم المبيع .

١٨٩ — أما التعاقد لمصلحة الغير ، فلا يظهر من النصوص ، انه غير جائز . وقد وجدنا بعض حالات ، اشترط فيها المتعاقدان ، شروطا لمصلحة اجنبى عن

العقد. وفى حالة، كلف شخص آخر، أن يقوم بعد موته، بدفع مبلغ لثالث، وهذا المبلغ، يقر الشخص الاول بأنه لهذا الثالث.

١٩٠ — نظرية النيابة — مبـــدأ النيابة هو الذى يسمح لشخص أن يتعاقد فى مصلحة شخص غائب، سواء بطريق الوكالة، أو بطريق الفضولى. والنيابة تـكون تامة، اذا كانت نتائج العقد، تقع مباشرة، لمصلحة أو ضد المنوب عنه.

والفقه الاسلامى يسلم بمبدأ النيابة التامة. فالعقد الذى يعقده الوكيل باسم الموكل، تنصب نتائجه جميعها على الموكل مباشرة. وكذلك العقد الذى يعقده الفضولى، اذا اجازه رب المال.

١٩١ — ومبدأ النيابة هذا، لم يصل اليه التشريع الرومانى، الا بعد جهاد عنيف. وهو قد بقى مجهولا، من التشريع الفرنسى القديم. أما الفقه الأسلامى فقد قال بالنيابة التامة، وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جداً.

ففى العقود التبادليـة، كالبيع والأجارة والصـلح، ينتقل الملك مباشرة الى ذمة الموكل، ولو كان الوكيل، قد عمل باسمه خاصة. وكذلك فى الهبة، والعارية، والقرض، يسأل الموكل، دون الوكيل، عن تسليم العين، ولو كان الوكيل، قد عمل باسمه خاصة. أما فى هذه الأحوال الأخيرة، فلأن العقد، هو فى الواقع، القبض، والشىء مملوك للموكل، لا للوكيل، فكان من الطبيعى أن المطالبة لا تفيد الا اذا وجهت اليه. أما فى العقود التبادلية، التى سبق ذكرها، فقد اصبح الموكل، هو المالك، أو البائع الحقيقى، مع أنه ليس معروفا للمتعاقد مع الوكيـل. وفى هذا من الخطر ما فيـه، ولذلك قالوا أن حق الملكية أو المنفعة، هو فقط الذى ينتقل الى ذمة الموكل مباشرة، أما باقى الحقوق أو الألتزامات، فلا يطالب بها ولا يسأل عنها، غير الوكيل المتعاقد

باسمه . فالالتزام بتسليم المبيع ، والالتزام بدفع الثمن ، وحق فسخ البيع لعيب فى المبيع ، أو للاستحقاق : جميع ذلك يقع على رأس الوكيل ، لا الموكل ، وبذلك يأمن المتعاقد مع الوكيل ، سوء المغبة .

ولكن يلاحظ مع ذلك ، أنه رغم كون هذه الالتزامات ، تقع على الوكيل ، فان ذمة المتعاقد مع الوكيل تبقى مشغولة بالتزامات ناقصة قبل الموكل ، ذلك أنه إذا دفع هذا الطرف الآخر إلى الموكل مباشرة ، يبرأ ، ولو لم يكن مكلفا بالدفع .

١٩٢ — على أن هذه النظرية ، تضع المتعاقد بواسطة وكيل ، فى مركز شاذ ، إذ هو يصبح مالكا فى البيع ، ولا يستطيع مع ذلك المطالبة بتسليم العين ، أو هو يكون البائع الحقيق ، ولا يستطيع مع ذلك المطالبة بالثمن . وقد حاولوا تفسير هذا الشذوذ ، بالرجوع إلى التفرقة المعروفة ، بين «الدين» و «المطالبة» ، فقالوا ، أن الحق المجرد ، أو الدين المجرد ، قد يكون لشخص أو على شخص ، بينما المطالبة تكون على أو لشخص آخر . وحق المطالبة هذا ، يشمل فى الواقع ، جميع الالتزامات ، التى تنشأ عن العقد ، وهى تلصق الصاقاً بشخص الوكيل ، بينما أساسها فى ذمة الموكل . وقد سموها «حقوق العقد» .

وهذه الحقوق تكون دائماً للمتعاقد ، بصرف النظر عن صاحب الحق الحقيقى ، حتى أن صاحب الحق ، لا يستطيع حرمان المتعاقد منها ، فلا يستطيع مثلا الموكل ، بعزله للوكيل ، أن يمنعه من المطالبة بالثمن . وعلى العكس ، يستطيع الوكيل ، أن يمنح موكله توكيلا ، بدوره ، يستطيع الموكل بمقتضاه ، أن يطالب بحقه هو .

١٩٣ — فالنيابة إذا تامة ، إذا كان النائب قد عمل باسم رب المال ،

وهى ناقصة ، إذا عمل النائب باسمه الخاص .

ويلزمنا الآن دراسة شروط النيابة ، ثم آثارها .

١٩٤ — (أولا) الشروط — لا محل للكلام عن النيابة ، إلا إذا كان الشخص النائب ، له ارادة خاصة . أما إذا كان يعبر فقط عن ارادة غيره ، كالرسول ، فيكون المتعاقد ، هو المرسل ، لا الرسول .

ويلاحظ أن النائب قد يكون ناقص الأهلية ، ولكن ، إذا كان ناقص الأهلية قد عمل باسمه خاصة ، فان حقوق العقد ترجع إلى المنوب عنه ، وعلى ذلك يكون تدخل القاصر ، قد جعـــل النيابة هنا أيضاً تامة . ولذلك ، يستطيع ، من تعاقد مع القاصر ، فسخ العقد ، إذا كان يجهل أنه قاصر ، لأن حقه لا يكون فى الذمة ، التى اختارها ، بل فى غيرها .

ويشترط ، أن يكون هناك ، نية النيابة عن الغير . وهى ظاهرة ، إذا كان الوكيل ، قد عمل باسم الموكل . وإن كان قد عمل باسمه خاصة ، فان النيابة تكون ناقصة . ولو كانت نية النيابة متوفرة . ونية العمل لمصلحة رب المال ، هى أيضاً شرط فى حالة الفضولى .

ويشـترط أخيراً ، أن يكون النائب مفوضاً للنيابة عن الغير . وهذا التفويض يناله النائب ، تارة من المنوب عنه ، كما فى حالة الوكالة ، وطوراً من الشرع نفسه ، أو من القاضى ، كما فى حالة الأب والوصى وهما ينوبان عن الصغير .

ويلاحظ أنه فى النيابة التعاقدية ، يشترط فى العزل ، أن يصل إلى علم النائب . فاذا ما صدرت من النائب ، عقود ، قبل حصول هذا العلم ، فان هذه العقود تعتبر نافذة . ويلاحظ أخيراً ، أن العزل لا يصح ، إذا كان يؤثر فى حقوق الغير .

١٩٥ — *تجاوز حدود التفويض* — متى تجـــاوز الوكيل حدود التفويض، أصبح فضولياً . وتكون عقوده موقوفة على الاجازة . على أن للاجازة أثراً رجعياً ، وتعتبر ، فى الواقع ، وكالة لاحقة .

ويشترط لصحة الاجازة : (١) أن يكون المنوب عنه موجوداً وقت العقد . (٢) أن يكون المتعاقدان موجودين وقت الاجازة . (٣) أن يكون موضوع العقد لايزال موجوداً وقت الاجازة .

١٩٦ — (ثانيا) *آثار النيابة* — (١) *بالنسبة للمنوب عنه* — قد رأينا أن المنوب عنه ، يصبح هو المالك فى جميع الأحوال . وهو الملتزم ، وهو الملتزم له ، اذا كان النائب قد عمل باسمه . فجميع نتائج العقد ، تقع إذاً ، فى ثروته .

وإذا كان النائب فضولياً ، تقع كذلك نتائج العقد ، فى ثروة المنوب عنه ، فى حالة الاجازة ، من يوم صدور العقد . ولكن يلاحظ ، أنه إذا كان العقد ، عقد معاوضة ، فان الملكية فقط تقع فى ثروة رب المال ، أما باقى الحقوق والالتزامات فتبقى للفضولى ، لأنه قد عمل باسمه خاصة ، وقد انقلب وكيلا بالاجازة .

١٩٧ — (٢) *بالنسبة للنائب* — إذا عمل النائب باسم المنوب عنه ، فلامسؤولية عليه ، من جراء العقد . وهو لاحق له ، قبل الغير المتعاقد معه ، كما أن ذلك الغير ، لايستطيع مطالبته هو ، بتنفيذ العقـــد . وقد رأينا أن الحال تختلف ، إذا كان النائب ، قد عمل باسمه خاصة . فان المسؤولية تقع فى هذه الحالة على عاتقه ، وهو الذى يطالب الغير بتنفيذ العقد .

ولكن هناك إستثنائين : —

(١) إذا كان الفضولى ، قد اشترى لرب المال . فان الشيء المشترى ، يدخل فى ملك الفضولى ، لا فى ملك رب المال . ولا تفيد بعد ذلك ، اجازة رب المال ، ما لم يحصل بيع جديد ، من الفضولى لرب المال . وعلى ذلك ، إذا لم يصرح الفضولى عند الشراء ، أنه يعمل لغيره ، فان الشيء يبقى فى ملكه هو .

(٢) ان الوكيل بالاقتراض ، يكون دائما مسؤولا شخصـــياً ، قبل المقرض ، ولو كان هذا الوكيل ، قد عمل باسم المنوب عنه . فالنيابة هنا ، تكون غير مقبولة .

ويلاحظ أخيراً أنه فى عقود المعاوضة ، لا تنتقل الالتزامات ، التى تقع على عاتق النائب ، إلى ذمة المنوب عنه ، ولو مات النائب . وفى هذه الحالة الأخيرة ، يسأل وصي الميت ، عن هذه الالتزامات ، وان لم يكن هناك وصى ترجعْ إلى الموكل .

١٩٨ — (٣) **بالنسبة للغير المتعاقد مع النائب** — لا يكون للغير علاقة مع النائب ، إذا كان النائب ، قد عمل باسم المنوب عنه . وعلى العكس ليس للغير ، علاقة إلا مع النائب ، اذا كان هذا النائب ، قد عمل باسمه خاصة . وفى هذه الحالة الأخيرة ، يرجع النائب على المنوب عنه ، ليسوى حسابه معه . وللنائب ، حق حبس ما اشتراه للمنوب عنه ، لضمان حقوقه قبله ، ولو لم يكن قد دفع هو ثمن الشراء بعد .

١٩٩ — **تعاقد الشخص مع نفسه** — ومع التسليم بمبدأ النيابة إلى أقصى ، حدوده فانه لا يقبل ، أن ينوب الشخص عن الطرفين ، فى نفس الوقت . ذلك أن تعدد العاقد ، شرط من شروط انعقاد العقد . فالعقد يبطل اذاً ، اذا صدر من وكيل عن الطرفين جميعاً .

ولكن هناك استثناء، لصالح الأب، ووصيه، ووصى القاضى.

أما الرسول، فهو ليس بنائب، ولذلك يستطيع هو أن يقوم برسالته، عن الطرفين جميعاً.

(٦) انحلال العقد

٢٠٠ — ينحل العقد، بموت أحد المتعاقدين، فى الاجارة، والمضاربة، والوكالة، والشركة، والمزارعة، والمساقاة.

وينقضى كذلك، إذا اتفق المتعاقدان، على فسخه، أو إذا دعا سبب إلى فسخه. وسنتكلم هنا، عن الفسخ بتراضى الطرفين، أى «الاقالة»، ثم عن النظرية العامة لفسخ العقود.

٢٠١ — **(أولا) الاقالة** — للطرفين أن يتفقا على انهاء العقد، ويسمى الفسخ عندئذ «إقالة». وقد توسع الفقهاء فى الكلام عنها.

٢٠٢ — **آثار الاقالة فيما بين الطرفين** — الاقالة، هى عبارة عن فسخ العقد، الذى يربط المتعاقدين، كما قلنا. والفقهاء يقولون أنها لا تعتبر لذلك اتفاقاً جديداً. فملكية المبيع، لا تنتقل من جديد إلى البائع، بل يعتبر المبيع كأنه لم يخرج أبداً، من ملك البائع. وهم يقصدون بذلك، فى الواقع، أن للاقالة أثراً رجعياً. وهم يشترطون، وجود محل العقد عند الاقالة، ويشترطون فى الاقالة وحدة الزمان، وتطابق الايجاب والقبول. وهذا كله يدل على أن الاقالة، هى فى الواقع، توافق ارادتين، إلا أن له أثراً رجعياً، كالفسخ.

٢٠٣ — آثار الإقالة بالنسبة للغير — إلا أن هذا الأثر الرجعى قد يمس حقوق الغير . لذلك قرر الفقهاء أن الاقالة ، لا تعتبر بالنسبة للغير ، فسخاً بل هى بيع جديد . وعلى ذلك ، تعتبر الملكية بالنسبة للغير ، أنها انتقلت من جديد إلى البائع ، بالاقالة . ومع هذا ، فلا يفسد هذا البيع الجديد ، باقتران الشرط الفاسد ، كما هى القاعدة العامة .

وتسرى على الاقالة جميع ما شرط فى العقود من الشروط ، لحماية الغير ، أو النظام العام . والنظام العام ، أو « الشرع » ، كما يقولون بهذه المناسبة هو من الغير . من ذلك ، أن الاقالة ، التى تصدر من المريض فى مرض موته ، يجب أن تخرج من الثلث . ومن ذلك أيضاً ، أن الاقالة من الرهن ، لا تصح إلا اذا أعيد الشىء المرهون ، إلى الراهن . وكذلك فى الصرف ، يشترط إعادة النقود حالا .

٢٠٤ — (ثانيا) الفسخ — هل يجوز لأحد العاقدين ، فسخ العقد ، اذا لم يوف العاقد الآخر بالتزامه ؟ .

اذا كان الالتزام الذى لم يوف به ، هو التزام بعمل شىء ، لا يمكن اجبار الملتزم على العمل بالقوة المادية ، وعلى ذلك يسقط التزامه ، ويسقط معه العقد .

وكذلك التزام البائع بتسليم العين ، فاذا هلكت العين قبل تسليمها ، يسقط التزام المشترى المقابل ، وهو الالتزام بدفع الثمن .

ويمكن القول اذاً ، أن استحالة تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين — سواء كانت هذه الاستحالة ، ناشئة عن فعل الملتزم ، أم لا — تؤدى إلى فسخ العقد . ذلك أن الالتزام المقابل ، يصبح بلا سبب . وعلى هذا يمكن القول أيضاً ، أن هلاك الشىء ، يقع فى جميع الأحوال دون استثناء ، على

عاتق الملتزم ، كما إذا لم يستطع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، فإن التزامه بدفع الأجرة يسقط .

٢٠٥ — واذا كان الالتزام ، الذى لم يوف به ، قد نص عليه صراحة فى العقد ، كشرط صحيح من شروطه ، فان عدم الوفاء به ، يؤدى كذلك إلى الفسخ . من ذلك ، أن المشترى ، اذا تعهد بأن يعطى البائع رهنا بالثمن ، ولم يعطه هذا الرهن ، فان عقد البيع يفسخ .

وهذا الحكم صحيح ، فى أحوال ، الشرط فيها ليس صريحاً ، بل هو ضمنى كما إذا وجد المشترى بالعين المبيعة عيباً . فهم قالوا ، أن سلامة المبيع من العيوب ، شرط ضمنى فى عقد البيع . وكذلك فى الاجارة . وقد اعتبروا استحقاق المبيع كذلك عيبا . وفى جميع هذه الأحوال ، أجازوا الفسخ . ونلاحظ هنا ، أن نظرية العيب فى المبيع ، فى الفقه الاسلامى ، أوسع منها فى القوانين الحديثة . فهى تشمل كل عيب سابق على التسليم ، والمقصود «بالعيب» فيها ، كل ما من شأنه ، الحط من قيمة الشىء ، أو تفويت غرض من أغراضه . (وقارن فى التشريع الألمانى ، (سالى) ص٣٢١ وما بعدها) .

ويفسخ العقد أيضاً إذا تجزأ الشىء ، أو تغير شكله ، قبل التسليم ، وكذلك إذا وجد المشترى نقصاً فى المقادير .

٢٠٦ — وقد يفسخ العقد أيضاً ، كما رأينا ، إذا شاب الرضا بعض العيوب كالغبن التدليسى ، والخطأ . وللمشترى ، الذى لم ير المبيع حق الفسخ أيضاً ، وقد يمكن القول ، أن المفروض ، أن الغلط كثير الاحتمال ، عند عدم الرؤية . وقد يرجع إلى فكرة تعيب الرضا كذلك ، حق المشترى فى الفسخ ، إذا حصل الشراء ، وفقا لوزن غير مقدر ، ثم حصل التحقق ، من قدر هذا الوزن .

٢٠٧ — وأما إذا كان الالتزام ، الذى لم يوف به ، هو التزام نقدى ، أو ما فى حكمه ، فان عدم الوفاء ، لا يؤدى إلى فسخ العقد ، لأن التنفيذ العينى ، يكون دائماً ممكنا ، فى هذه الأحوال . ولكن إذا وجد شرط فاسخ صريح فى العقد ، فانه يجوز فسخه ، حتى فى هذه الحالة . من ذلك ، إذا شرط على المشترى ، أن يدفع الثمن ، فى مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام ، ولم يدفع المشترى الثمن فى الأجل ، فان للبائع أن يفسخ العقد .

٢٠٨ — طبيعة الفسخ — فى جميع الأحوال ، التى يعتبر الفسخ فيها ، جزاء مخالفة شرط صريح ، أو ضمنى ، فى العقد ، وكذلك فى الأحوال ، التى يكون فيها ، جزاء وقوع عيب من عيوب الرضا ، لا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه . ويطلقون على حق الفسخ فى هذه الأحوال ، لفظ «الخيار» . أما الفسخ لانعدام السبب ، فهو فى الواقع ، حالة من أحوال البطلان .

وعلى ذلك ، يمكن القول ، أن الفسخ بالمعنى الصحيح ، لا يكون إلا فى الأحوال ، التى يصيب فيها رضا العاقد ، عيب ، أو يختل هذا الرضا ، لعدم تحقق الشرط ، الذى نظر اليه عند التعاقد .

ويلاحظ ، أنه لا يشترط ، أن يحكم القاضى بالفسخ ، ما لم يكن الفسخ ، بسبب عيب فى المبيع ، وكان هذا المبيع قد قبضه المشترى .

على أن علم الطرف الآخر بالفسخ ، مشروط دائماً .

ونقول أخيراً ، ان حق الفسخ يسقط ، إذا هلك الشىء ، أو تغير شكله ، بعد قبض المشترى له .

٢٠٩ — آثار الفسخ فيما بين الطرفين — العقد يعتبر قائماً ، إلى

حين الفسخ ، وهو لذلك ينتج جميع آثاره ، فتنتقل ، مثلا ، ملكية المبيع إلى المشترى .

ويلاحظ ، أن للطرفين دائماً أن يجيزا العقد صراحة ، قبل الفسخ . فيمتنع الفسخ بعد هذا . وقد تكون الاجازة ضمنية . ولا مراء ، فى أن الفسخ حق فقط للمتضرر من المتعاقدين ، دون المتعاقد الآخر .

اما بعد الفسخ ، فالعقد ينعدم ، ويعتبر كأنه لم يكن ، فللفسخ اذاً أثر رجعى ، وعلى ذلك ، لا يمكن طلب الشفعة عند الفسخ .

٢١٠ — **آثار الفسخ بالنسبة للغير** — ان التصرف فى العين للغير ، يطهرها من حق الفسخ : فلا يستطيع المشترى ، بعد التصرف ، أن يفسخ العقد ، ولو كان قد تصرف فيها ، دون أن يعلم بما يشوب عقده .

ملحق — الارادة المنفردة

٢١١ — فى الأصل ، لا يتولد عن الارادة المنفردة ، التزام . ولكن الفقهاء يقولون ، فى بعض الأحوال ، أن العقد ينعقد ، لمجرد الايجاب ، وقبل قبول الملتزم له .

على انا نلاحظ ، أن هذه الأحوال لا تتعدى فى الواقع ، العقود التبرعية التى يكون فيها قبول المتبرع له مفروضاً . وهذه الأحوال هى الوصية (فى رأى (زفر)) ، والهبة ، والقرض ، والعارية ، والكفالة ، فى رواية (لأبى يوسف) . وإذا ما أبدى الملتزم له ، صراحة ، رفضه للعقد ، سقط العقد فى جميع هذه الأحوال .

٢١٢ — فمن المسلم به ، بوجه عام ، أن الشخص ، لا يمكن أن يصبح ملتزماً له ، رغم ارادته . فالايجاب وحده ، لا يقيد الموجب . وللموجب كما قلنا ، أن يرجع دائماً عن ايجابه ، قبل القبول .

وهذه القاعدة مطردة ، ولم يرد عليها استثناء ، إلا فى مسائل الأحوال الشخصية . والوقف ، والنذور .

ولذلك نجد الفقهاء قد اختلفوا كثيراً فى صحة الكفالة التى تصدر من الورثة ، عن مورثهم ، فى غيبة الدائنين .

٢١٣ — وقد بحث الفقهاء ، فى مسـألة المكافأة التى تمنح ، لمن يعثر على الشىء الضائع . وقد قالوا ، أنه لا ينعقد العقد فى هذه الحالة ، لأن الدعوة موجهة ، لا لشخص معين ، بل للكافة . صحيح ، أن لمن يعثر على الشىء المفقود ، أن يطالب مع ذلك المالك بمكافأة . إلا أن مطالبته لا يكون أساسها العقد . ودليل ذلك أن موضوعها لا يكون ما عرضه المالك ، بل أجر المثل . وأنها لا تستحق ، إلا إذا وجد الشىء الضائع بالفعل ، لا لمجرد المجهود .

٢ — الفعل الضار
او نظرية الجريمة المدنية

٢١٤ — لا يتولد الالتزام عن العقد فحسب . فقد يتولد الالتزام فيما بين شخصين دون أن يكون هناك توافق بين ارادتيهما . من ذلك إذا ارتكب أحدهما فعلا ضاراً ، فان هذه الواقعة قد تولد فى ذمته التزاما ، بتعويض ما وقع من الضرر . فيعود بذلك ما كان قد اختل من التوازن فيما بين هذين الشخصين .

٢١٥ — فالجريمة إذاً هي كل فعل يسبب للغير ضررا. ولما كانت النزعة المادية مسيطرة على الفقه الاسلامى ، فانه لم ينظر فيه إلى خطأ من ارتكب هذا الفعل ، بقدر ما نظر إلى الضرر ، وإلى وجوب تعويضه. وقد يكون من الأصح فيه أن يعبر ، كما فعل الفقهاء أنفسهم ، بلفظ «الضمان» فى مقام الكلام عن المسؤولية. وفى الواقع قد قام فى فرنسا نفسها (SAINCTELETTE) من ينادى بوجوب اعتبار أساس المسؤولية المدنية فكرة الضمان (garantie) بالمعنى الحرفى لهذا اللفظ. ذلك أنه إذا استبعدت فكرة الخطأ ، لم يبق سوى تقرير الكيفية التى بها يوزع ضمان الهلاك ، فى مختلف الأحوال.

ولا نعتقد أنه يمكن التفرقة فى الفقه الاسلامى بين المسؤولية التعاقدية ، والمسؤولية غير التعاقدية ، ولو أنه فى الظاهر نجد نصوصاً كثيرة تقابل ما بين « ضمان العقد » و « ضمان الاتلاف ».

ولذلك سنواجه هنا دراسة جميع الوقائع التى يتسبب عنها الضرر ، بصرف النظر عما إذا كان المجنى عليه والجانى مرتبطين أم لا برابطة العقد.

(١) الفعل الضار

٢١٦ — يمكن حصر جميع حالات الضرر فى فصول ثلاثة :

(١) العمل غير المشروع.

(٢) الحالة الاجرامية.

(٣) حالة تحمل التبعة.

٢١٧ — (اولا) **العمل غير المشروع** — يعتبر الفعل غير مشروع ، إذا كان « غير مأذون » فيه ، كما يقولون ، أى لا يبيحه الشرع أو العقد.

ولا يهم بعد ذلك ، إذا كان ارتكاب هذا الفعل ، راجعاً إلى خطأ الفاعل أم لا ، فما دام الفعل قد وقع ، تترتب عليه المسؤولية حتما . مثال ذلك ، أن من يتلف مال غيره يعتبر مسؤولا ، ولو كان يظن أن المال ماله . وان من استعمل اللباس المستعار استعمالا لم يصرح به فى العقد ، يكون مسؤولا. ولا يبحث عما إذا كان الفاعل مقصراً أم لا . فالنصوص لا تتكلم إلا عن « فعله » أو « عمله » أو « صنعه » .

أما العنصر الذاتى وهو « الخطأ » ، فقد تكلموا عنه بمناسبة القتل ، ولكن المقصود من كلامهم هناك ، البحث عن توفر نية الاضرار. ومن المعلوم أن الخطأ قد يوجد رغم انتفاء هذه النية .

وقد تذكر النصوص فى بعض الأحوال «التقصير» و « التعدى » . على أن هذين اللفظين فى الواقع لا يفيدان أكثر من أن الفعل غير مشروع . فقد لا تظهر مشروعية الفعل صراحة من نصوص العقد أو الشرع ، فيلجأ إلى العرف لتعيين حد المشروعية . ويعتبر تقصيرا ما دون هذا الحد ، وتعدياً ما تجاوزه . وأمثلة ذلك ، من استأجر دابة فاستعمل لقيادتها أعنة ، لا تستعمل فى العادة ، أو استعملها بغير الكيفية المعتادة . ومن أجل ذلك قالوا ، أن القبان لا يسأل إذا كان خلل ميزانه من الخلل الشائع ، وأن المعلم الذى يضرب بأمر الوالد لا يسأل إلا إذا تجاوز ضربه حد التأديب المعروف .

٢٢٨ — ومع ذلك ، فان فكرة الخطأ أو العنصر الذاتى فى تقدير المسؤولية ، قد تبرز أحياناً . من ذلك أنهم اشترطوا فى عقدى العارية والوديعة ، أن يحفظ الوديع والمستعير الشىء كحفظه لمال نفسه .

وقالوا أن الصانع يعتبر مسؤولا ، إذا كان الشىء قد هلك لعدم تحرزه ، ولو لم يكن هناك تعد أى فعل غير مشروع . ذلك أنهم يتطلبون منه أيضاً

كما تقول النصوص ، « حذاقة » و « مهارة » .

٢١٩ — (ثانيا) **الحالة الاجرامية** — إذا وجد الفعل غير المشروع ، ووجد معه الضرر ، دون أن تربط بين الفعل والضرر رابطة سببية ، فلا يسأل الفاعل عن هذا الفعل ، إلا إذا كان فى « حالة اجرامية » .

والحالة التى ظهرت فيها هذه الفكرة ، هى حالة غصب المنقول . إذ يعتبر فيها المغتصب فى حالة اجرامية ، ولا يهم ما إذا كان يعلم أم لا أنه غير مالك .

ويلاحظ أن الفعل غير المشروع هنا ، لا يولد بذاته الالتزام بالتعويض . فالمغتصب ليس مكلفا فى الأصل ، إلا برد العين المغتصبة . ولكن هى الحالة الاجرامية التى تجعله مسؤولا عن هلاك الشىء « سواء هلك بفعله أو بغير فعله » . من ذلك أنه إذا استخدم شخص عبد غيره ، أو دابة غيره ، بدون إذنه ، فتوفى العبد أو هلكت الدابة هلاكا طبيعياً ، يعتبر هذا الشخص مسؤولاً عن قيمة العبد أو الدابة .

٢٢٠ — والفعل غير المشروع ، قد يكون هنا عبارة عن عدم تنفيذ الالتزام الناشىء عن العقد . فاذا أخل أحد المتعاقدين ، بشرط من شروط العقد ، وقع فى الحالة الاجرامية . ويعتبر لذلك مسؤولا عن هلاك الشىء ، ولو لم يرجع الهلاك إلى فعله .

مثال ذلك ، إذا استؤجرت الدابة لركوب شخص واحد فركبها إثنان ، تقع المسؤولية ، ولو هلكت الدابة هلاكا طبيعياً .

ويلاحظ أنه إذا وقعت المخالفة ، لا يجدى بعد ذلك معالجة هذه المخالفة ، فلا تزول الحالة الاجرامية ، ولو عاد الملتزم إلى « الوفاق » ، كما يقولون . ومثال ذلك ، ما إذا ذهب المستأجر بالدابة إلى أبعد مما نص عليه العقد ، ثم

عاد بها سليمة إلى المكان المعين ، ثم هلكت ، فهلاكها عليه . وهذه القاعدة مطردة ، إلا فى حالة الوديعة .

٢٢١ — (ثالثا) *تحمل التبعة* — ليس الفعل هنا غير مشروع ، ومع ذلك يعتبر الفاعل مسؤولا . كما إذا قبض شخص ملك غيره ، فقد يكون القبض بموجب سبب صحيح ، ويسأل مع ذلك القابض عن الهلاك . أمثلة ذلك ، من استعار أواستودع الشيء المغصوب ؛ ومن استودع المال المودع عند آخر ؛ ومن اشترى عينا ممن اشتراها بعقد فاسد بسبب الأكراه ؛ ومن اشترى العين المودعة عند آخر .

ويلاحظ فى هذه الأحوال جميعها ، أن من يحوز الشيء لم يرتكب عملا غير مشروع ، إلا أن من تلقى عنه الحق قد ارتكب هذا الفعل ، فتتأثر حيازته من ذلك . ولنفس هذه الفكرة نجد أن من ركب مع من استأجر الدابة ليركبها وحده ، يعتبر مسؤولا مع المستأجر ، إذا هلكت الدابة .

٢٢٢ — على أنه قد لايكون هناك فعل غير مشروع اطلاقا ، ويتحمل القابض مع ذلك تبعة الهلاك . أمثلة ذلك ، من وهبت له حصة مشاعة فى مال قابل للقسمة ؛ ومن اشترى بعقد باطل ؛ ومن قبض على سوم الشراء . ويلاحظ هنا أن مسؤولية هذا الأخير لا تتعدى مقدار ما سمى من الثمن . وكذلك الدائن المرتهن يسأل عن هلاك الرهن بقدر دينه .

ويظهر أن تحمل التبعة فى جميع هذه الأحوال ، يرجع إلى أن القابض قد قبض لمصلحة نفسه ، فمن العدل أن يتحمل الغرم .

٢٢٣ — ويلاحظ أنه فى حالة ما إذا كان فعل من تلقى القابض الأخير حقه منه ، غير مشروع ، يرجع القابض عليه ، إلا فى حالة العارية .

هذا الرجوع قد بنوه على فكرة « الغرور » أو فعل التضليل .

٢٢٤ — ويلاحظ أخيراً أن قبض المستودع ، والمستعير ، والوكيل لا يولد تبعة . ففي هذه الأحوال ، يربط المالك بالقابض عقـــد ، وتنشأ المسؤولية فقط عند عدم تنفيذ العقد .

(٢) شروط المسؤولية

٢٢٥ — (اولا) علاقة السببية بين الفعل والضرر — ان هذا الشرط خاص . كما يظهر مما قدمنا ، بحالة المسؤولية الناشئة مباشرة عن الفعل غير المشروع . وقد تعمق الفقهاء فى بحث رابطة السببية هذه ، وفرقوا بين السبب المباشر والسبب البعيد للضرر ، فقالوا أنه إذا كان السبب غير مباشر ، لا يعتبر المتسبب مسؤولا إلا إذا كان هناك تعد . ونرى الاستغناء عن هذه التفرقة ، ففي الواقع ، كما رأينا ، يكون الفعل دائما غير مشروع ، بالمعنى الذى بيناه .

ولا تفيد هذه التفرقة ، حتى لاعفاء من ارتكب السبب البعيد ، إذا كان مرتكب السبب القريب شخصاً ثالثاً . وذلك لأن الاعفاء هنـا راجع فى الواقع إلى قاعدة ، أن الضرر يجب أن يصيب الشيء ماديا ، وأن يكون سببه فعلا مادياً .

٢٢٦ — ومن تطبيقات هذه القاعدة ، أن الشخص الذى يفتح القفص فيطير العصفور لا يسأل عن فقدان هذا العصفور ؛ وكذلك لا يسأل الشخص الذى يحل قيد العبد فيهرب العبد ؛ ولا يسأل أخيراً الشخص الذى حرض الكلب على العض .

ولكن هذه القاعدة ليست مطردة . فقد قالوا أن من حفر بئراً فى شارع عمومى يسأل ، لو وقع فى البئر أحد المارين ؛ وكذلك يسأل من أتلف مال غيره بواسطة شخص آخر ، أكرهه على هذا العمل .

٢٢٧ — **القوة القاهرة والحادث الفجائى** — إذا لم يكن الضرر نتيجة فعل الشخص ، كأن يكون راجعاً إلى قوة قاهرة ، كأمر السلطان ، أو يكون فعل الطبيعة أو فعل الحيوان ، فلا مسؤولية . ذلك أن الانسان يسأل عن فعله ، ولا يسأل إلا عن فعله .

فاذا كان الضرر نتيجة فعل المجنى عليه ، لا مسؤولية أيضا ، كما لو سلم شخص الى آخر نقوداً فى حرز غير متين ، فان المستودع لا يكون مسؤولا .

وفى حالة الاكراه التام ، يعتبر الشخص المكره أداة ارتكاب الجريمة ، فلا يعتبر مسؤولا . وكذلك الحال إذا كان الضرر قد تسبب عن حادث لا يمكن مقاومته ، وخارج عن إرادة الانسان ، كالحريق الغالب والغرق .

ونلاحظ هنا ، أنه فى الحالة الاجرامية ، وفى حالة تحمل التبعة ، يسأل الانسان ، ولو كان الفعل قد ارتكبه شخص ثالث ، أو كان فعل الطبيعة ، كموت العبد .

٢٢٨ — **الاهلية فى المسؤولية المدنية** — ان فعل عديم الأهلية ، لا يمكن اعتباره إلا فعله ، وتترتب عليه مسؤولية كفعل تام الأهلية . ذلك أنه لما كان العنصر الذاتى لا يدخل فى تقدير المسؤولية ، فلا يقوم حائل دون اعتبار القاصر والمجنون مسؤولين عن فعلهما .

ولكن إذا كان هلاك الشىء قد وقع ، مع ارتباط الطرفين بعقد وديعة أو قرض ، فلا يكون عديم الأهلية مسؤولا . ذلك أنه يعتبرهنا مأذونا من

المالك فى الاتلاف ، ومن المبادىء المسلم بها ، أن الاتلاف مع الأذن لايولد مسؤولية .

٢٢٩ — (ثانيا) الضرر — قلنا أنه قد نظر فى الفقه الاسلامى إلى المسؤولية المدنية من ناحية الضرر . وهى قد وردت ببعض كتب الفقه فى باب سموه « الاتلاف » .

فالضرر هو إذا عبارة عن اتلاف جزئى أو كلى ، لشىء مادى . والمقصود بالاتلاف أن يفقد الشىء منفعته كلا أو بعضاً . ولا مراء فى أن الشىء إذا لم يكن مالا شرعاً ، فلا يولد اتلافه مسؤولية .

٢٣٠ — وكذلك لا يعتبر أن هناك ضرراً ، إذا كان المتلف من الأشياء غير المادية ، كحق الشفعة ، وحق الانتفاع بالثمار . وإذا استخدم شخص عبد غيره مدة من الزمان ، لا يرجع المالك عليه بتعويض ، عما فاته من خدمة العبد .

٢٣١ — ويشترط دائما أن يكون الضرر متحققاً . فاذا كان قد قلع شخص لآخر سنا ، ثم نبتت مكانها سن أخرى ، لا يكون هناك ضرر . وكذلك إذا حكم القاضى ببيع شىء ، بناء على شهادة زور ، فلا يكون هناك ضرر ، إذا كان الشىء اعتبر مبيعاً بثمن مثله

وقد قالوا أن الضرب الذى لا يترك أثراً لا يولد التزاماً ، ولا يعتبر الألم ضرراً إلا إذا استلزم علاجاً .

٢٣٢ — وعلى ذلك لايعتبر ، من باب أولى ، الضرر الأدبى ضرراً . فاذا شتم شخص ، لا يكون له حق فى طلب تعويض من الشاتم ، ولا يسأل الطاعن إلا إذا كان طعنه لدى السلطات قد أدى إلى تغريم المطعون فى حقه .

٢٣٣ — (ثالثا) التعويض — التعويض يقصد به إزالة ما أصاب توازن الثروة بين الطرفين ، من الخلل . فيلزم الجانى بأن يعيد إلى المجنى عليه ما افقده .

وعلى ذلك يكون على الفاعل أن يؤدى إلى المجنى عليه قيمة الشيء الذى اتلفه بالتمام ، وإذا كان الشيء مثليا يلزم بدفع أشياء مماثلة .

ويلاحظ أن تقدير قيمة الشيء التالف يتم على أساس مادى . فلا يعوض على المجنى عليه جميع ما يترتب على الهلاك من الضرر . بل ما يساويه فقط الشيء الهالك . فى يوم الجريمة .

٢٣٤ — وإذا كان الضرر قد نشأ عن مخالفة جزئية لالتزام تعاقدى ، فلا يلزم المخالف بالتعويض ، إلا بقدر هذه المخالفة . كما لو ركب شخص مع مستأجر الدابة ، فالمستأجر لا يســـأل إلا عن نصف قيمة الدابة ، عند هلاكها .

وعلى العكس نجد الشخص فى بعض الأحوال ، يسأل عن النتائج البعيدة لعمله . من ذلك أنهم قالوا أن المودع يستطيع أن يثبت ، أن ما كان يحويه الحرز المودع من المال ، يزيد على ما كان ظاهرا .

ولكن وردت حالة أخرى تفيد أن المستودع ، إذا قصر فى حراسة الحمار المودع ، فسرقت البرذعة ، فأصاب الحمار برد ، فهلك ، لا يسأل المودع إلا عن فقد البرذعة ، ولا يسأل عن هلاك الحمار .

٢٣٥ — ونلاحظ هنا قاعدة هامة ، وهى ان دفع التعويض يؤدى دائما إلى انتقال ملكية الشيء الهالك إلى ذمة الدافع . فيعتبر الشيء الهالك أنه كان مملوكا لمن أتلفه من يوم الجريمة . وقد ذهب البعض إلى أن انتقال الملك

يتم عند المطالبة ، وذهب البعض إلى أن ذلك يحصل عند الدفع . وعلى كل ، فلانتقال الملكية أثر رجعى إلى يوم الجريمة . ويعتبر المبلغ المدفوع كتعويض ، بمثابة الثمن فى البيع .

وقد قضت بهذه القاعدة ، فكرة أن الشىء وثمنه لا يصح اجتماعهما فى ذمة واحدة . وقد طبقت هذه القاعدة بغير مرونة . فأدت إلى أن السارق الذى يدفع قيمة الشىء المسروق ، لا توقع عليه العقوبة . وإلى أن المالك لا يستطيع استرداد المسروق بعد ظهوره . إذا كان قد قبض التعويض .

٢٣٦ — وقد يحصل التعويض بطريق غير مباشر ، فى حالة ارتكاب العبد للجريمة . إذ يستطيع المالك أن يدفعه للمجنى عليه تعويضا عن الجريمة . ولكن إذا انتقلت ملكية العبد ، لا يسأل هذا المالك ، إلا عن تعويض نقدى .

(٣) أحوال خاصة للمسؤولية

٢٣٧ — **(أولا)** — قد يسأل السيد عن فعل خادمه ، ويقول الفقهاء أن المفروض هنا أن الفعل هو فعل السيد ، لا فعل الخادم . وبعبارة أخرى ينسبون الفعل مباشرة إلى السيد . ويتخطون الخادم ، ما لم يكن الخادم قد ارتكب هو نفسه ، فعلا غير مشروع .

ويلاحظ أنه ليس للسيد أن يرجع على خادمه .

وكذلك الأب الذى أمر ابنه باشتعال النار ، فهو الذى يسأل ، إذا كانت النار قد اتصلت بملك الجار .

وبوجه عام يعتبر المكرَه ، مجرد آلة فى يد المكرِه .

٢٣٨ — (ثانيا) — يقول الفقهاء أن فعل الحيوان «هدر»، أى لا يولد مسؤولية فى الأصل، مالم يكن الضرر، هو فى الواقع، من فعل قائد الحيوان أو حارسه.

وقد استرعى اهتمام الفقهاء كثيراً. حوادث الطريق. ومن الأحوال العديدة التى ذكروها، يمكن استنتاج أن ركوب الحيوان فى الطريق العام يعتبر عملا مشروعاً فى ذاته. مادام حاصلا بالصورة المعتادة. ولكن إذا وقع ضرر غير عادى، يفترض أن الراكب قد استعمل حقه بصورة غير مأذون فيها، فيسأل.

ثم ان الراكب ليس له الوقوف فى الطريق وهو راكب. ويعتبر وقوفه هذا عملا غير مشروع فى ذاته، حتى إذا ما وقع حادث، سئل عنه.

٢٣٩ — (ثالثا) — ويفترض أخيراً فى مالك الحائط، أنه قد ارتكب فعلا غير مشروع، إذا كان حائطه المتداعى إلى السقوط، قد سقط بعد التنبيه عليه. وكذلك إذا كان هذا الحائط من يوم بنائه متداعياً إلى السقوط، أو لم يكن كذلك، إنما شيد بارزاً على ملك الغير، وكذا البناء.

ويعتبر المالك فى هذه الأحوال جميعها، مسؤولا عن الحوادث التى قد تنشأ تبعاً لفعله غير المشروع.

٢٤٠ — **الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية** — لا يجوز الاتفاق على أن المستعير أو المستودع يكونان مسؤولين، ولو أن الهلاك قد حصل بغير فعلهما. وكذلك لا يمكن الاتفاق على أن الصانع يكون مسؤولا حتى فى حالة القوة القاهرة.

ومن ناحية أخرى، لا يصح الاتفاق على أن الدائن المرتهن لا يكون مسؤولا عن هلاك الرهن. وكذلك لا يمكن إعفاء البائع من مسؤوليته عن الاستحقاق.

ولا يجوز أخيراً الاتفاق على تعويض يزيد على قيمة الشيء الحقيقية ، تحرزاً من شبهة الربا . على أن المسألة خلافية .

وعلى ذلك ، يمكن القول أن قواعد المسؤولية هي على العموم ، قواعد آمرة . على أنهم قد قالوا ، بجواز الاتفاق على إعفاء المغتصب من المسؤولية ، في حالة هلاك الشيء المغتصب بقوة قاهرة .

ملحق — إساءة استعمال الحق

٢٤١ — في الأصل « الجواز الشرعي ينافي الضمان » . فلا يمكن اعتبار الفعل إذاً غير مشروع ، إذا كان هو مجرد استعمال لحق مقرر . ويلاحظ من جهة أخرى ، أن حق الملكية يبيح استعمال الشيء كما يشاء مالكه . وعلى ذلك يمكن القول أن المبادىء هنا فردية بحتة .

٢٤٢ — على أن هناك اتجاهاً ، يظهر عند المتأخرين من الفقهاء ، لتخفيف وطأة هذه الفردية . فهم يعتبرون الشخص مسؤولا ، في أحوال يكون قد استعمل مجرد حقه فيها ، إذا كان استعماله هذا قد تسبب عنه ضرر فاحش . من ذلك أن المالك يكون مسؤولا ، إذا كان الانتفاع بملكه ، قد أدى إلى انهيار ملك الجار ، أو إلى حرمان هذا الجار من بعض المنافع الأساسية لملكه .

ومن جهة أخرى ، نجدهم يقولون بمنع ما يتصاعد من الدخان ، أو ما يخرج من الأصوات ، إذا كان الدخان أكثر من المعتاد ، والأصوات المزعجة مستمرة . فالحد يعين إذاً بالرجوع إلى ما تعارفه الناس ، وما يتحمله في العادة الجيران من المضار .

٣ — الفعل النافع

او نظرية الاثراء بلا سبب

٢٤٣ — الفعل الذى يولد الالتزام ، ليس هنا كما كان فى الباب السابق ، فعل الملتزم ، بل هو فعل الملتزم له . على أن الالتزام هنا كذلك ، ينشأ لاعادة التوازن المختل . فنظرية الاثراء بلا سبب ، ترتكز هى أيضاً ، على فكرة التعادل .

وليس لهذه النظرية تطبيق شامل . وسنجمع هنا جميع ما يدخل تحتها من الحالات ، فى ثلاثة فصول : (١) استرداد المدفوع بلا وجه حق .
(٢) دعوى الاثراء على حساب الغير (٣) أعمال الفضولى .

(١) استرداد المدفوع بلا وجه حق

٢٤٤ — إذا اعتقد شخص أنه مدين لآخر ، فدفع له مبلغاً ، كان للدافع أن يسترد هذا المبلغ ، لأن المدفوع إليه قد أثرى على حسابه ، بلا سبب .

والنصوص صريحة ، إذا كان قد نشأ اعتقاد الدافع ، عن غلط .

وقد ورد كذلك ، أنه إذا دفع شخص إلى من ادعى الوكالة عن الدائن فله أن يسترد ما دفعه ، إذا اتضح كذب المدعى . وأن المدين إذا دفع إلى الكفيل ، قبل أن يدفع هذا الكفيل الدين إلى الدائن ، كان للمدين أن يسترد من الكفيل ما دفعه ، إذا اضطر إلى الدفع ثانية إلى الدائن .

(٢) دعوى الاثراء على حساب الغير

٢٤٥ — يجوز الرجوع على المالك ، إذا اقيم بناء ، أو غرست الأشجار في أرضه ، واختار المالك الابقاء . وقد نصوا على هذا الحق صراحة في حالة المستأجر ، والمستعير ، وأيضاً المغتصب .

وكذلك الحال ، لو صبغ الصانع الشيء الذي في يده .

٢٤٦ — ويقول الفقهاء في تعليل حق الرجوع في هذه الأحوال ، أنه لا يجوز للمالك أن يستولى على البناء والغراس دون مقابل . ويرتبون على ذلك التزاماً بدفع القيمة . ولا ينظرون إلى ما انفق بالفعل .

فموضوع الالتزام يكون إذاً ، قيمة الشيء الذي دخل في ثروة المالك . ويكون التقدير على أساس أنه خام من الخامات . ولذلك تقدر قيمة البناء مستحق الهدم ، وقيمة الغراس مستحق القلع .

٢٤٧ — الشرط الأول في الاثراء على حساب الغير ، أن يكون قد دخل في ذمة الذي أثرى ، شيء مادي . فاذا كان كل ما قد حصل ، مجرد الانتفاع بخدمة ، أو بشيء ، فلا إثراء . ويلاحظ هنا ، أنهم قد نصوا على استثنائين ، لمصلحة اليتيم ، وبيت المال .

والشرط الثاني ، أن يكون الاثراء قد حصل بلا سبب . فمن البديهي أنه قد تؤدي المماكسات ، إلى أن تثرى ذمة على حساب أخرى . ولكن في هذه الأحوال يكون لهذا الاثراء سبب جائز .

٢٤٨ — على أن هناك أحوالا لا يشترط فيها وقوع الاثراء بالفعل

بل يكفى فيها أن يكون قد أدى الفعل إلى إفقار الملتزم له . وهى الحالات التى أشرنا إليها عند كلامنا عن العقد الفاسد . والعقد كما قلنا باطل فى هذه الأحوال ، فلايعتبر سبباً . وإذا حصل تسليم الشىء للانتفاع ، أو قام العامل بالعمل المطلوب رغم هذا البطلان ، فانه يتولد عن هذا العمل التزام ، ولا يشترط أن يكون قد عادت على الطرف الآخر منفعة بالفعل .

وأما ما يرجع به فيقدر على أساس مادى بحت . فيكون هو ريع عين مماثلة ، أو أجر شخص مماثل ، على أن لا يتجاوز أبداً ما سمى فى العقد .

٢٤٩ — ويلاحظ اخيراً ، أن القاصر أو المحجور عليه على العموم ، قد يسأل عن إثرائه على حساب الغير ، رغم بطلان العقد .

(٣) أعمال الفضولى

٢٥٠ — إذا عمل شخص لمصلحة آخر فى غيابه فلا يكون له فى الأصل ، كما يقول الفقهاء ، حق على هذا الآخر ، لاثرائه على حسابه . إذ المفروض ، كما يقولون ، أنه متبرع . من ذلك أن من دفع دين غيره بغير أمره ، لايرجع على المدين . وقد نصوا على أن الدافع لا يرجع كذلك ، ولو كان مأموراً بالدفع ، الا إذا كان الرجوع مشروطاً صراحة ، فى الأحوال التى لم يكن يصح فيها جبر المدين على الدفع . ومن ذلك أيضاً أن الدائن المرتهن ، إذا قام بالصرف لحفظ الشىء المرهون ، وكذا المستأجر ، والمستعير ، لا يرجعون على المالك .

٢٥١ — على أنه إذا انتفت نية التبرع ، عاد الأمر إلى نظرية الاثراء بلا سبب ، وأمكن الرجوع . وتنتفى هذه النيـــة ، فى الأحوال التى كان

الفضولى فيها مضطراً . من ذلك ، أن المعير ، إذا دفع دين المستعير ، ليفك رهن الشيء المعار ، يصح له الرجوع . وكذلك المشترى مع غيره ، إذا اضطر إلى دفع جميع الثمن ، ليتمكن من تسلم المبيع المحبوس عند البائع . ومن ذلك أيضاً ، أن للشريك فى حائط مشترك ، أن يرجع على شريكه بنصف قيمة الحائط ، إذا كان قد أعاد بناءه على نفقته الخاصة ؛ وكذلك صاحب العلو ، إذا كان قد أعاد بناء السفل ؛ وكذلك كل شريك بوجه عام ، إذا اضطر للعمل فى مصلحة شريكه .

٢٥٢ — وفى جميع هذه الأحوال ، يكون تقدير ما يرجع به ، على أساس الاثراء الفعلى . وقد ذهب البعض ، إلى أن موضوع الرجوع يكون القيمة فى يوم الاثراء . وذهب البعض الآخر إلى أن القيمة المعتبرة هى القيمة فى يوم المطالبة القضائية .

وعلى كل ، لا ينظر إلى ما أنفقه الفضولى بالفعل ، الا إذا كان قد حصل على إذن القاضى قبل العمل . وهو فى هذه الحالة ينقلب فى الواقع وكيلا .

٢٥٣ — ويلاحظ أن الشرع قد جاء بتقدير تحكمى فى حالة معينة . وهى حالة إرجاع العبد الآبق . فان من يأتى بالعبد الآبق من مسافة ثلاثة أيام فاكثر سيراً على الأقدام ، له أربعون درهماً . ولمن يأتى به من مسافة أقرب ، أقل من ذلك . على أن القدر المستحق لا يمكن أن يتجاوز قيمة العبد ناقصة درهماً .

ويلاحظ أن هذا القدر قد يسأل عنه الدائن المرتهن لا المالك ، إذا كان العبد مرهوناً .

القسم الثالث : الفكرة الاسلامية للالتزام

١ — الاصطلاحات اللفظية

٢٥٤ — يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بوجه عام بلفظ « الحق »، ذلك أن لفظ الحق يشمل فى الواقع جميع الحقوق المالية وغير المالية، ويتناول من الحقوق المالية الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعاً .

على أن للفظ « الحق » معانى خاصة فى بعض الأحيان. من ذلك أن الحقوق يقصد بها فى بعض الأحوال مجرد حقوق الارتفاق التابعة للأعيان . وفى بعض الأحوال ما قد ينشأ عن العقد من الالتزامات ، كالالتزام بتسليم المبيع ، والالتزام بدفع الثمن ، فهى تسمى فى الوكالة ، حقوق العقد .

وقد يستعمل لفظ « الحق » بمعنى الالتزام النقدى دون غيره ، كما فى « اذكار الحقوق » (للطحاوى) .

أما الحق على أنه مكنة ، فيعبر عنه كذلك بلفظ « الولاية » .

٢٥٥ — وأما معنى الالتزام من ناحيته السالبة ، فيستعمل فيه بالأخص لفظ « الواجب » و « الوجوب » ، فيقولون مثلا « من عليه الواجب » للتعبير عن الملتزم .

ولكن هذا الاستعمال خاص بحالات الالتزام ، الذى يكون موضوعه عمل شىء . على أنا قد عثرنا على هذا اللفظ بمعنى الدين ، فقد تكلموا بمناسبة حوالة الدين ، عن انتقال « الواجب » من ذمة إلى أخرى .

وقد جاء فى (ابن عابدين) ، أن الواجب هو كل ما يتطلبه الشرع أو العرف .

٢٥٦ — على أن لفظ « الواجب » فى الواقع ، لا ينم عن الرابطة التى هى جوهر الالتزام . وقد يستعمل فى هذا المعنى ، لفظ « اللزوم » ، إلا أنه قاصر على الحالات التعاقدية ، ويفيد فقط عدم الرجوع .

وكذلك لفظ «الالتزام» لا يستعمله الفقهاء ، إلا فى الأحوال التعاقدية ، وبالأخص فى الحالات التى يلزم فيها الشخص نفسه ، حتى أنهم أطلقوا على أحوال الارادة المنفردة ، اسم « الالتزامات » .

فنى الواقع ، لا يتناول هذا اللفظ فى أوسع معانيه ، سوى أحوال الالتزامات الارادية . ومن ذلك أنهم يقولون أن المستأجر « يلتزم » بحفظ الشىء . ومن هذا المعنى ما جاء فى « تفسير » (الرازى) (جـ ٣ ص ٣٤٩) من أن العقد هو « التزام » .

على أن لفظ « العقد » هو الذى يؤدى أكثر من غيره ، معنى الارتباط ، وما الارتباط إلا الانعقاد .

٢٥٧ — ويظهر مما تقدم أن الالتزامات الناشئة عن جريمة ، لم تدخل فى مدلول لفظ من الألفاظ المذكورة . أما الفقهاء ، فقد عبروا عنها بلفظ « الضمانات » ، والضمان هنا بمعنى المسؤولية . ولذلك يرد هذا اللفظ أيضاً بمناسبة العقود .

وقد عثرنا على هذا اللفظ بمعنى أعم ، بحيث يتناول فى الواقع جميع أحوال الالتزامات ، سواء فى ذلك الالتزامات النقدية وغيرها . من ذلك ما جاء فى (الكاسانى) (جـ ٦ ص ١٤٢) : « ونعنى بالمضمون أن يكون واجب التسليم » .

٢٥٨ — وفى الجملة ، فانه لم يرد لفظ جامع مانع للتعبير عن فكرة الالتزام ، لا من ناحيتها الموجبة ، ولا من ناحيتها السالبة . ولا باعتبار الالتزام رابطة بين شخصين .

وقد قلنا أن النزعة المادية مسيطرة على نظر الفقهاء ، فيجدر بنا إذاً تتبع فكرة الالتزام من خلال مادته أو موضوعه .

٢ — فكرة الالتزام

٢٥٩ — إذا كان الالتزام ، موضوعه مبلغ من النقود أو أشياء أخرى مثلية ، فهو يسمى « ديناً » . وللالتزام فى هذه الحالة طابع خاص ، وعنى به الفقهاء عناية خاصة .

أما إذا كان موضوع الالتزام شيئاً قيمياً معيناً تعييناً تاماً . فلا يسمى ديناً ، ولا يتكلم الفقهاء فى هذه الحالة إلا عن « العين » . وسنسميه لذلك « عيناً » . ويكون مقابلا للالتزام الذى يكون « ديناً » . على أن الحق هنا ليس عينياً ، فالحق قد يكون شخصياً ، ولو أن موضوعه عين . ولكن لما كان من غير المقبول شرعاً فى الأصل ، أن يكون الالتزام هنا مؤجلا ، فقد فقد هذا النوع من الالتزامات الشيء الكثير من أهميته .

وعلى ذلك يمكن القول أن الالتزام سواء كان بالتمليك ، أو بالتسليم ، أو بعمل شيء — يكون « ديناً » أو « عيناً » تبعاً لموضوعه .

على أن الالتزام بعمل شيء قد لا يقع على شيء خارج ، كخدمة الخادم ، ونسميه « عملا » . ويلاحظ أن العمل قد يقوم به أى شخص دون تعيين ، وقد لا يقوم به إلا شخص معين ، فيكون العمل هو المطلوب فى

الحالة الأولى ، سواء أداه هذا أو ذاك . وقد يكون عمل شخص معين هو المطلوب ، فلا يبرىء قيام غيره به . وذلك ينطبق على الانتفاع بالأشياء ، فقد تؤدى منفعة الحمل أية دابة لا على التعيين . وقد لا تكون المنفعة المطلوبة إلا منفعة شيء معين . وفى الحالة الأولى دون الثانية يطلق على الالتزام عبارة « ما فى الذمة » .

٢٦٠ — (أولا) الدين — الدين فى الأصل يعبر به عن الناحية السالبة للالتزام النقدى أو ما فى حكمه . على أنه قد يستعمل لفظ الدين للتعبير عن ناحيته الموجبة كذلك . وفى كلا الحالين لا يستعمل هذا اللفظ، إلا إذا كان موضوع الالتزام مبلغا من النقود ، أو أشياء مثلية . على إنا قد عثرنا على لفظ الدين مستعملا للتعبير عن التزام بتسليم شيء . وهذا التوسع يشعر بتطور كان محتملا . وهو يشبه التطور الذى شوهد فى الفقه الرومانى ، إذ أصبح لفظا creditor و debitor فيه يتناولان جميع أحوال الالتزام . بعد أن كانا قاصرين على حالة الالتزام النقدى .

ففى الفقه الاسلامى ، لا يكون هناك دين . إلا إذا كان موضوع الالتزام نقوداً، أو دراهم. أو دنانير. أو فلوساً . أو موزونات . أو مكيلات. أو مذروعات، أو معدودات . أما الثياب فقد قالوا أنها قد ترد كذلك موضوعاً لدين . إذا كان الالتزام إلى أجل . وقد يكون الحيوان أيضاً محلا لدين فى حالة المهر فقط . بشرط ألا يكون المطلوب تسليم حيوان معين بذاته .

٢٦١ — ومصادر الديون هى تارة العقد كالقرض والبيع والكفالة والصلح والنكاح . وطوراً الفعل الضار كما فى دين التعويض .

ولا يشترط فى الدين أن يكون مؤجلا ، فالقرض دائما حال .

وقد عرف الفقهاء الدين بأنه « مال حكمى » اى شيء معنوى يملكه الدائن

وهو موجود فى ثروة المدين. ولكن لما كان محل هذا الالتزام هو دائما أشياء غير معينة، فان وجودها لا يمكن أن يتحقق إلا بواسطة شخص المدين، فهى « فى ذمته » بالمعنى الاسلامى لهذا اللفظ. لذلك يحتاج فى تحقيق هذا الحق إلى « فعله ». والتعريف الشائع عندهم للدين يبين أنه فى نفس الوقت عبارة عن « مطالبة ».

٢٦٢ — وقد ميز الفقهاء بين عنصرى الالتزام إذا كان ديناً، فقد قالوا أن هناك الدين، وهناك المطالبة. وورد ذلك بمناسبة الكفالة والحوالة والابراء، وتأجيل الدين. فيقولون مثلا أن الأجل لا يمنع إلا المطالبة، كما أن الابراء لا يقضى إلا على المطالبة. على أنه ليس لهذه التفرقة فائدة عملية.

٢٦٣ — وفكرة الدين كما رأينا، ترتكز فى الواقع، على فكرة « الذمة ». ولهذا اللفظ الأخير فى بعض الأحيان معنى واسع، فيفيد الأهلية التى تكون للشخص لتحمل الحقوق. على أنه يظهر كذلك بمعنى أخص، فيفيد الوعاء الذى يعى الديون، حتى أن كثيراً ما نجد الذمة ترادف الالتزام النقدى فى المعنى. وهذا الوعاء أو هذا الاستعداد للالتزام بالديون، لا ينقضى إلا بوفاة الشخص، فهو يصاحبه إلى حين وفاته. وعندئذ تكون تركته وحدها مسؤولة عن ديونه. اما فى حال الحياة فذمة الشخص وثروته تكونان فى الواقع شيئاً واحداً. (وانظر فى الفقه العملى الورقة البردية رقم ٨٠٥٤ بمجموعة متحف برلين ص ٢٨ ويرجع تاريخها إلى سنة ٤٥٨ هـ).

٢٦٤ — **(ثانيا) العين** — إذا كان محل الالتزام عينا معينة فى ذاتها، كالعقار والحيوان والرقيق الخ، يطلق على الالتزام لفظ «العين»، سواء كان الملتزم مكلفاً بتسليمها أم بتمليكها. ويلاحظ هنا أن الأشياء المثلية قد

تتعين بالاتفاق ، فيكون الالتزام « عيناً » .

وفى الأصل لايكون الالتزام العين مؤجلا أبداً . ويظهر أن هذا الحكم أثر من آثار الصعوبات التى صادفت نشوء فكرة الالتزام . فمن المعروف أنه فى الأزمنة الأولى ، لم يكن من المقبول ، أن يتولد عن العقد التزامات مستقبلة ، فقد كان العقد دائما واجب التنفيذ حالا .

ويلاحظ مع ذلك أن هناك استثناء فى الفقه الاسلامى ، ففى عقد الاستصناع يستطيع الصانع أن يتعهد بتسليم الشىء المصنوع بعد انقضاء أجل معين .

٢٦٥ — وقد ينشأ الالتزام هنا تارة عن عقد ، كالتزام تسليم المبيع فى البيع ، وكالتزام المستودع برد الوديعة ؛ وكالالتزامات التى تنشأ عن العارية والمضاربة والأجارة والرهن . وقد نصوا على أن للكفيل أن يكفل التزام الأصيل بالحمل أو بالتسليم . وأن للبائع أن يعطى رهناً تأميناً لالتزامه بالتسليم .

وفى هذا النوع من الالتزامات . لا محل للكلام عن الذمة . ذلك أن الشىء المطلوب هو دائما هنا معين فى ذاته . فاذا رفض الملتزم التسليم ، لن يسأل عن ذلك فى ثروته ، إذ قد رأينا أن عدم الوفاء بالالتزام بعمل شىء لا يؤدى إلى حق فى تعويض نقدى فى الأصل .

٢٦٦ — **(ثالثا) العمل** — تكاد النزعة المادية تحجب عنا هذا النوع الثالث من الالتزامات . ذلك لأنه ينظر دائما إلى الشىء الذى يصنع ، قبل النظر إلى الصانع ، أو رب العمل . ويظهر أن ذلك أيضاً أثر من آثار عهد لم يكن فيه للالتزامات موضوع سوى الأشياء المادية . فمن المعروف أن الالتزام بعمل شىء قد تأخر فى الظهور . وقد بقى لذلك أثر فى الفقه الاسلامى .

وهذا الأثر أظهر ، عند ما يكون هذا الالتزام سلبياً ، أى عند ما يكون موضوعه ، الامتناع عن عمل لا القيام بعمل. فان الفقهاء لم يعرضوا إلى هذه الحالة إلا فى النادر . ومن ذلك ما قالوه ، من أنه ليس على المستودع أن يرد الشيء المودع ، بل فقط الا يمانع فى استرداده . ويظهر أن الامتناع يعوزه شيء من المادية التى تشترط فى محل الالتزام .

٣ — الحق العينى والحق الشخصى

٢٦٧ — وفى مقابلة هذه الصور جميعها ، نجد الحق العينى . ذلك أن الحق العينى ، خلافا لما هو عليه الحال فى تلك الصور ، لا يتضمن مطالبة شخص معين بشيء ما ، بل هو يرتكز مباشرة على العين . فهو « حق فى العين » أو « حق ثابت فى المال » .

ونستعرض هنا سراعاً مختلف الحقوق العينية المقررة فى التشريع الاسلامى ، كيما يتسنى الوصول بمفهوم المخالفة ، وبعد ظهور مميزاتها ، إلى كنه الحق الشخصى أو الالتزام .

٢٦٨ — **(أولا) حق الملكية** — لا يذكر الفقهاء فى تعريفهم « للملك » أنه حق على شيء . فهم ينظرون اليه على أنه ولاية أو مكنة . ولذلك يتناول هذا اللفظ فى الواقع حقوقا متنوعة . فيقولون مثلا: «ملك المنفعة» . على أن المنفعة عنصر من عناصر الملكية التامة ، وأهمها حقا الاستعمال والاستغلال . وسنستعمل هنا لفظ الملكية للدلالة على الملكية التامة .

٢٦٩ **(ثانيا) حق الانتفاع** — عناصر الملكية هى كالملكية حقوق

عينية . وقد ينفصل حق الاستعمال عن حق الاستغلال ، وقد يجتمعان فى رأى (أبى حنيفة) .

وحق الانتفاع قد ينشأ عن عقد بين الأحياء ، كالاجارة والعارية ؛ أوعن وصية . فحق المستأجر هو حق عينى فى الفقه الاسلامى ، كحق الموصى له بالانتفاع سواء بسواء . وهما يستطيعان الاحتجاج بحقهما — وهو واحد — قبل من حصل له تصرف فى العين . فقد رأينا أن تصرف المالك يكون غير نافذ ، إذا كانت العين مؤجرة .

٢٧٠ — وعلى ذلك يكون للمستأجر كما للمالك ، حق تتبع العين . وهذا الحق هو فى الفقه الاسلامى أوقع أثراً ، منه فى القوانين الحديثة . فهو يحول دون أن ينتج العقد آثاره ، حتى فيما بين المتعاقدين . وحق المستأجر على العين يمنع المالك من اجارتها لآخر ، وإذا أجاز المستأجر الاجارة الثانية ، كان هو المؤجر ، واليه تدفع الأجرة .

وكذلك لا ينفذ التصرف فى العين ، إذا كانت مشغولة بحق السكنى ، ما دام لم يجز التصرف صاحب الحق . وكذلك أيضا ليس للوارث أن يتصرف فى العين الموصى بمنفعتها لآخر .

وإذا توفى المؤجر ، يستطيع المستأجر الاحتجاج بحقه على العين قبل جميع الدائنين ، بشرط أن يكون قد أوفى بالأجرة كلها .

ويلاحظ أن للمستأجر أن يتنازل عن حقه لآخر ، وكذلك المستعير إذا كان الشيء مما لا يضره تغير المنتفع به .

٢٧١ — **(ثالثا) حقوق الارتفاق** — ان حق الشرب وحق المرور وما يماثلهما ، تعتبر جميعها من الحقوق العينية . على أن هذه الحقوق لا تتولد

عن اتفاقات ، إذ هي تكون دائما في هذه الحالة عرضة للرجوع فيها ، لأنها تكون في الواقع من العوارى .

وحق الارتفاق لا يظهر في الفقه الاسلامى على أنه حق لمنفعة عقار ، إلا أنه دائما حق على عقار . ويبقى الحق ولو انتقل العقار من ملك إلى آخر. ومن هنا تظهر « عينية » الحق .

ويلاحظ أخيراً أنه لا يمكن التصرف في هذه الحقوق ، إلا تبعاً للعقار.

٢٧٢ — ويلحق بحقوق الارتفاق : مايسمى « بحق القرار » ، كحق الحكر وحق العلو ، وحق الجدك .

٢٧٣ — (رابعا) حق الرهن — حق الرهن هو أيضاً حق عيني . ذلك أنه يرتكز مباشرة على الشيء ، ويمكن الاحتجاج به قبل من حصل له تصرف في العين ، وهو يجعل هذا التصرف غير نافذ . وإذا أقر المرتهن البيع يصبح الثمن هو الرهن ، بدلا من المبيع ، وإذا أقر المرتهن الاجارة سقط الرهن .

ويحول الرهن كذلك دون نفاذ عارية المالك .

٢٧٤ — وللمرتهن أيضاً حق الامتياز على غيره ، عند توزيع ثمن المرهون . ولا يمكن أن يحصل تزاحم بين دائنين مرتهنين لنفس الشيء . ذلك أنه لا يتأتى هذا التعدد ، إلا إذا صدر الرهن الواحد لمصلحة متعدد .

٢٧٥ — (خامسا) حق الحبس — حق الحبس هو كذلك حق عيني ، يستطيع صاحبه أن يحتج به قبل الكافة ، ولصاحبه أن يمتاز على غيره عند توزيع الثمن . من ذلك أن من يأتي بالعبد الآبق يستطيع حبس العبد ، إذا لم

يدفع له المالك ما يستحقه ، وله أيضاً حق الامتياز عند بيع العبد . وكذلك يحتج البائع بحقه فى حبس المبيع لعدم دفع الثمن ، قبل جميع الدائنين .

٢٧٦ — ويتضح مما تقدم أن الجامع بين هذه الأحوال . هو أن الحق يتبع الشيء . لذلك يتتبع صاحب الحق الشيء أينما وجد ، ويمتاز على جميع أصحاب الحقوق الأخرى . ويمكن القول أن الحق العينى لا يكون حقا إذا كان المفروض فى معنى الحق وجود رابطة بين شخصين معينين . فالحق بهذا المعنى لا يصدق إلا على الحق الشخصى أو الالتزام .

٢٧٧ — **الحقوق شبه العينية** — يصادفنا فى الفقه الاسلامى نوع آخر من الحقوق ، له شيء من « العينية » ، ولو أنه فى الواقع لا يدخل تماماً فى الحقوق العينية . وقد عبر عنه الفقهاء بعبارة «حق فى أن يتملك» ، ونسميه « الحق شبه العينى » . من ذلك : حق الشفعة ، والحق فى الغنيمة ، وحق المجنى عليه على العبد الجانى . ففى جميع هذه الأحوال يكون الشيء مشغولا بحق شبه عينى ، بمعنى أن لصاحب الحق أن يطالب بالشيء ، ولو أنه لا يعتبر ملكه بعد . وله كذلك أن يتتبعه ، كذا الحال فى الشفعة . أما فى الأحوال الأخرى ، فتراعى قاعدة ، أن التصرف مطهر للعين .

٢٧٧ مكرر — ويوجد حق شبه عينى أيضاً لصالح الدائنين على تركة مدينهم . وهو يشبه الرهن التأمينى القانونى ، اذ بمقتضاه يستطيع الدائنون تتبع مال مدينهم المتوفى . ويقول الفقهاء عن هذا الحق أنه « حق قوى » أو « حق متأكد » .

٤ — الفكرة المجردة للالتزام فى الفقه الاسلامى

٢٧٨ — إذا أردنا اخضاع فكرة الالتزام لتصوير موحد قلنا ، أن الدين يمكن تحليله على أنه مال ، كما رأينا ، ولكنه مال يحتاج لاستقراره إلى « فعل » ، فهو إذاً كما قال (أبوحنيفة) نفسه ، عبارة عن « فعل » ، أى فعل تمليك وتسليم شىء مثلى . وهذا هو أيضاً من ناحية أخرى تحليل الالتزام العين ، فانه يتضمن بالضرورة « فعل » الملتزم ، اذ أن الشىء المعين لا يكون موضوعاً لحق شخصى ، إلا إذا كان المطلوب تسليمه أو تمليكه .

٢٧٩ — وعلى ذلك يمكن القول أن الالتزام ، فى جوهره ، هو دائماً عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين . وعنصر الطلب هذا هو الذى يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين . وهذا الارتباط يسميه الفقهاء « المطالبة » . ولذلك نجدهم يطلقون فى الغالب على الملتزم له ، لفظ « الطالب » ؛ وعلى الملتزم ، لفظ « المطلوب » .

وبهذه الرابطة يتميز فى الواقع الحق الشخصى أو الالتزام ، عن الحق العينى . ذلك أن الحق العينى أو « العين » بالمعنى الخاص لا يتضمن المطالبة ، إذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشىء محل الحق . فالحق فى الشىء ، ولذلك هو قائم قبل الكافة ، ولذلك قد قالوا ان الحق العينى لا يسقط بالاسقاط . فالحق هو الشىء فى الواقع ، ومادام هذا الشىء موجوداً فالحق باق . ولا يزول إلا بفنائه .

٢٨٠ — ومع هذا كله ، فان الرابطة الالزامية التى تربط الشخصين لم ينظر اليها الفقهاء على أنها رابطة شخصية . فهى تصبغها عندهم صبغة مادية

بحتة . وقد اخطأ المستشرق (سانتيلانا)(انظر ج ١ ص ٢٤٧ من مؤلفه فى الفقه الاسلامى) حيث قال أن الفقهاء لم تفتهم أهمية التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى ، إلا لأن اهتمامهم كان دائماً موجهاً إلى صاحب الحق لا إلى موضوعه .

فنى الواقع ، قد نظر الفقهاء دائما إلى موضوع الحق ، قبل النظر إلى من له أو من عليه الحق . ويظهر أن هذا الاتجاه فى التفكير كان مسيطراً على عقول العلماء ، فى تلك القرون ، حتى أننا نجد زعماء الفلسفة المدرسية فى أوروبا ، يقررون فى نفس تلك العصور ، أن العنصر الأساسى فى العلاقة القانونية ، هو دائماً موضوع الحق . (انظر (القديس توما الا كوينى) ، « فى العدالة » ص ٢٣١ — ٢٣٢ ؛ طبع ديكليه . باريس سنة ١٩٣٢) .

ولما كان محل الحق هو الذى يظهر الحق ، لم يلفت نظر الفقهاء تدخل الشخص فيما بين موضوع الحق وصاحبه . ولما كان الشىء المعين ، عند ما يكون محلا لالتزام ، يكون فى غالب الأحيان ، محلا كذلك لحق عينى ، فان الحق العينى قد حجب عن نظر الفقهاء الحق الشخصى ، فلم يظهر هذا النوع من الالتزامات ظهوراً كافياً . ولما كان الالتزام بعمل ليس فى الواقع إلا عبارة عن التزام بتسليم شىء ، أو بصنع شىء ، أو بالانتفاع بشىء ، فان الفقهاء قد وقفوا عند الشىء محل الالتزام ، واهملوا النظر إلى الشخص الذى يطلب منه العمل ، والشخص الذى يطلب العمل ، وإلى أن الرابطة هنا بين الشخصين هى أظهر ما تكون ، حيث يقوم أحدهما بفعل معين لمصلحة الآخر ، وتتقيد بذلك حريته .

وأخيراً عند ما نظروا إلى « الدين » نفسه ، لم ينظروا اليه إلا على أنه شىء أو مال حكمى ، أو كما قال الانجليز تماماً على أنه « a chose in action »

حتى أنهم قسموا الأموال جميعها إلى قسمين ، وهما الدين والعين .

وبعد ذلك كله ، لم يكن لفكرة الالتزام ، إلا أن تنطمس انطماساً كلياً .

٢٨١ — لذلك من الخطأ البين أن يقال — كما فعل (موران) و (بدوى باشا) — أن رابطة الالتزام فى الفقه الأسلامى هى فى الجوهر رابطة شخصية .

وقد استنتج هذان العالمـــان رأيهما ، من أن تنفيذ الالتزام يحصل بحبس الملتزم . وقد فاتهما أن الحبس ليس إلا وسيلة اكراه ، تستعمل عند تعسر التنفيذ العينى . وأن الالتزام فى غالب الأحوال لا تسأل عنه إلا ذمة الملتزم المالية . وما أبعدنا عن فكرة بيع المدين فى دينه ، أو تقطيعه ارباً ارباً ، كما كانت تجرى الأمور فى روما ، وحيث كان يصح القول ، أن للالتزام صبغة شخصية بحتة .

٢٨٢ — ومما يدل على أن الفكرة الأسلامية للالتزام مصطبغة بصبغة مادية بحتة : ما لهذه المادية من الآثار المحسوسة فى أكثر من موضع . وهذه الآثار هى عينها تلك الآثار التى تلاحظ على التشريعات الحديثة التى أخذت بالمذهب المادى .

من ذلك حوالة الدين . فان تلك الحوالة تشعر بان الدين فى الفقه الأسلامى قد نظر اليه على أنه شىء يمكن تحوله من ذمة إلى أخرى . فهو عبارة عن قيمة مالية لا يهم فيه سوى أنه ينقلب مالا فى نهاية الأمر . ولا يرد على ذلك أن انتقال الالتزام لم يجيزوه من ناحيته الموجبة . ذلك ان الحظر هنا كما رأينا لا يرجع الى ان الالتزام رابطة شخصية .

ونذكر أيضاً التفرقة بين الدين والمطالبة ، فهى تظهر أن الدين نفسه

ليس فى نظر الفقهاء إلا المال الموجود فى الذمة . دون اعتبار للرابطة ، وهى المطالبة ، فهى قد اضيفت اليه اضافة .

ومن دلائل هذه النزعة أيضاً . امكان تصور تقيد الشخص بارادته المنفردة ، أى أن يصبح الشخص ملتزما قبل تعيين الملتزم له . فشخصه لا يهم ، ما دامت الذمة قد شغلت .

٢٨٣ — وأخيراً تستشف هذه المادية من خلال النظريات التى صادفتنا فى استعراضنا . من ذلك نظرية الارادة الظاهرة . ونظرية الفعل الضار . فقد رأينا أن العبرة ليست بحقيقة الارادة ، ولا بخطأ الفاعل ، فهذا وتلك من الأمور الباطنية ، والمذهب المادى يتمسك بشكل الإرادة ، وبالفعل الظاهر الذى سبب الضرر .

ويرجع إلى فكرة المادية أيضاً هذا التردد أمام القوة الالزامية للعقد . ونلاحظ أخيراً شيئاً من المادية فى تفسير العقود ، وفى تقدير التعويض .

وإذا كان الفقه الأسلامى خلواً من كل شكلية ، فانا قد رأينا أن ذلك لم يحصل ، إلا لأن حقوق الغير ، أمكن صيانتها من طريق آخر .

٢٨٤ — ونختم هذا البحث بعبارة نقتبسها عن (مينار) « فى صناعة نظرية الالتزامات» (ص٣٦٩)، حيث يقول فى صدد المذهب المادى ، أن من مزاياه اعتبار الشخصية القانونية فى حقيقتها الراهنة ، لا على أنها مجرد فكرة متشابهة فى جميع الأحوال ، بل هى المصلحة أو الثروة . وليس الالتزام فى هذا المذهب إلا عبارة عن علاقة مسؤولية وجزاءات ، تنشأ عن أعمال محرمة أو أشكال موضوعة .

٢٨٥ — **نظرة عامة** — لا يسعنا الآن . وقد استعرضنا جميع نواحى نظرية الالتزامات فى الفقه الأسلامى . إلا ان نبدى هنا بعض ما يتبادر إلى الذهن من الملاحظات على تلك النظرية ، بازاء النظريات المعروفة للالتزام فى القانون المقارن .

وأول ما يلاحظ ، ان الفقه الأسلامى يتفق والتشريع الألمانى فى كثير من الموضوعات ، نذكر منها نظرية عدم النفاذ . وكذلك هو يتفق والتشريع الأنكليزى فى أكثر من موضع . نذكر هنا من ذلك نظرية عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى . والذى جمع بين هذه التشريعات الثلاثة انتصارها جميعاً لمذهب المادية .

وتتبع هذه الملاحظة ملاحظة أخرى ، وهى أن النظرية الأسلامية بعيدة عن النظرية الرومانية ، لما أن هذه الأخيرة قد سيطرت عليها الفكرة الشخصية . وفى الواقع لانجد أوجه شبه إلا فى بعض نقط تفصيلية ، كنظرية بطلان عقود المحجور عليهم .

وإذا أردنا المقارنة من حيث قيمة النظم القانونية ، وجدنا التشريع الاسلامى قد سبق التشريع الرومانى فى تقرير بعض المبادىء العظيمة ، منها مبدأ انتقال الملكية لمجرد الاتفاق ، ومبدأ سلطان الارادة ، ومبدأ النيابة التعاقدية . ونجده مع ذلك قد تأخر عن التشريع الرومانى فى عدم تقريره مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة ، وفى ضعف القوة الالزامية للارتباط التعاقدى . وقد أهمل الفقهاء الناحية المعنوية فى موضوع الالتزام وفى فكرة الضرر .

ويلاحظ هنا اننا قد عثرنا على بعض وجوه الشبه بين نظرية الجريمة المدنية فى التشريع العبرى . وهذه النظرية فى التشريع الأسلامى . على أنه من

ناحية اخرى ، نجد نظرية العقد فى التشريع العبرى ، تختلف تماماً عنها فى التشريع الأسلامى .

وعلى ذلك نقول . أنه من العبث تقصى المؤثرات وأوجه الشبه بين هذه التشريعات المختلفة . والنظرية العامة للالتزامات فى التشريع الاسلامى كما ظهرت لنا ، متماسكة الأطراف ، وتحكمها جميعاً فكرة التعادل . وهى تبدو فى بعض نواحيها ، وقد تطورت تطورها الكامل ، وفى البعض الآخر ، وقد وقفت عند مرحلة من المراحل ، التى صادفها العقل البشرى ، على اختلاف الأزمنة والأمكنة ، فى طريقه نحو الحقيقة القانونية .

النظرية العامة للالتزامات

فى

الشريعة الاسلامية

القســــم الاول

الالتزام فى ذاته

الكتاب الأول

طرفا الالتزام

٢٨٦ — لا يستوقف الباحث فى نظرية الالتزام عند دراسة طرفيه سوى احوال تعدد كل من الطرفين . لذلك سنتناول هنا فقط دراسة حالات تعدد الملتزم لهم وسنفرد لها الباب الاول ، ثم دراسة حالات تعدد الملتزمين ونفرد لها الباب الثانى .

الباب الأول

في تعدد الملتزم لهم

٢٨٧ — سنعرض أولا لحالة تعدد الملتزم لهم العامة فنبين حكمها ثم نتناول بعد ذلك حالة التضامن وهي الاستثناء .

الفصل الأول

في الالتزام لمتعدد بغير تضامن

الفرع الاول – التمليكات

٢٨٨ — المشترون [1] والموهوب لهم [2] والموصى لهم [2] يملكون

---

(١) الكاساني ، في البيوع ، ج ٥ ، ص ٢٨٣ — ٢٨٤ : « لما اشتريا العبد جملة واحدة كان كل واحد منهما مشترياً نصفه » . وانظر أيضاً الحاشية الآتية .

(٢) الكاساني ، في الشركة ، ج ٦ ، ص ٥٦ ، س ١٦ — ١٧ : « ... ان يشتريا شيئا أو يوهب لهما أو يوصى لهما او يتصدق عليهما فيقبلا ... فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك » . وقارن الكاساني ج ٦ ، ص ٨١ ، س ١١ : « البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذا لم يبين فيها قدر معلوم » .

الشيء المشترى أو الموهوب أو الموصى به على الاشتراك أجزاء متساوية. وقد تكون الانصباء غير متساوية إذا حدد المتعاقدون الأنصباء [٣].

يمكن القول إذا أن الالتزامات التي يكون موضوعها نقل حق ملكية تنقسم حتماً فيما بين الملتزم لهم وقد ذكروا صراحة أن الملكية لا يمكن أن تنتقل كاملة الى كل من المشترين [٤]. ولا يؤثر فى هذا المبدأ ما ذكره (أبو يوسف) و (محمد) بمناسبة هبة المشاع [٥].

٢٨٩ — وهذا المبدأ مطرد أيضاً فى تمليك المنفعة. فالمستأجرون حقهم

---

(٣) الكاسانى، جـ ٥، ص ٢٢٦، س ٢١ — ٢٥. وانظر ايضاً الحاشية السابقة وراجع كذلك السرخسى، جـ ١١، ص ١٦٥، س ٩ : « هذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب ».

(٤) السرخسى، جـ ١٢، فى الهبة، ص ٦٨، س ٩ — ١٠ : « موجب العقد الملك ولا يتأتى إثباته بكماله لكل واحد منهما ». وابن نجيم، جـ ٢، ص ٢٠٢، س ٥ : « اجتماع الملكين فى محل واحد محال ».

(٥) الكاسانى، جـ ٦، ص ١٢١، س ٢٨ — ٣٤؛ وص ١٢٢، س ١ — ٢٣. وقد ورد فيه تفصيل الخلاف. وفى جـ ٦، ص ١٢٢، س ١٨ — ١٩ : « قولهما ان موجب ثبوت الملك فى كل الدار لكل واحد منهما على الكمال ».

وفى س ١ — ٤ : « النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما فى الاستحقاق ... كالاخوين فى الميراث عند الاستواء فى الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق فى حق كل واحد منهما على الكمال ».

وس ٧ — ٨ : « فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل ».

وس ١٧ : « كأنه أفرد لكل واحد منهما العقد فى النصف ». وانظر ايضاً السرخسى، جـ ١٢، ص ٦٧، س ١٧ : « كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة ».

فى الانتفاع بالعين المؤجرة ينقسم فيما بينهم حصصاً متساوية [٦]. ومع ذلك فمن المعلوم أن الرهن وهو حق عينى لا ينقسم أبداً فيما بين الدائنين المرتهنين [٧].

الفرع الثانى — الالتزامات بالتسليم

٢٩٠ — رأينا أن الحكم بالنسبة للالتزام بالتمليك هو الأنقسام فيمابين الملتزم لهم المتعددين فهل يكون الحكم كذلك فى الالتزام بالتسليم؟ يظهر أنه كذلك. فقد ورد بمناسبة حق حبس المبيع أن لكل من المشترين المطالبة بتسليم حصته فقط من المبيع [٨]. وهذا الحكم ينطبق ولو كان الشىء المطلوب تسليمه غير قابل للقسمة. فقد ذكره (محمد) فى «الجامع الصغير» [٩] فى حالة

(٦) الكاسانى، ج ٤، فى الاجارة، ص١٨٨، س١٧: «تفرق ملكهما فى المنفعة وانه يوجب قسمة المنفعة بالتهايؤ». وانظر ايضاً س ١٨: «ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الاجارة فى حصته بقيت فى حصة الآخر كما كانت».

(٧) السرخسى، ج ٢١، فى الرهن، ص ١٦٥، س ٢: «ثبوت حق الحبس لكل واحد منهما فى جميع الرهن». والكاسانى، ج ٤، فى الاجارة، ص ١٨٨ س ١٩—٢٠: «ويجوز رهن الواحد من اثنين ... لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين. ألا ترى انه لو قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن».

(٨) الكاسانى، ج ٥، ص ٢٥٠، س ٢٢ — ٢٣: «استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن». و س ١٢: «اذا نقد احدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع».

(٩) محمد، الجامع الصغير، ص ٨٧، س ٦ — ١٥: «رجلان اشتريا عبدا ... لم يقبض الا نصيبه». وأنظر ايضاً ابن عابدين، ج ٤، ص٣٠١، س ٣

بيع العبد ، والعبد كما هو ظاهر لا يقبل التجزئة[١٠] . وقد وردت هذه المسألة بصورة عامة عند جمهور المؤلفين. فلا فرق اذاً بين حالة الأشياء التى تقبل الانقسام وحالة الأشياء التى لا تقبله[١١]. والمفهوم أنه فى حالة عدم قبول الشىء للتجزئة تقع القسمة بطريق التهايؤ . وقد صرح بذلك بعض الفقهاء[١٢].

« أى اشتريا عبدا صفقة واحدة كما عبر فى الجامع الصغير » . و س ٦ — ٧ : « الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلى أما المثلى كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ولذا صوروا المسألة بالعبد » . تشعر هذه العبارة الاخيرة أن هناك تفرقة بين الأشياء القابلة للقسمة والأشياء غير القابلة لها بيد أنها لا تقدح فى صحة ماذكر متنا . فان فكرة الحبس لعدم دفع الثمن هى التى تفسر حل المسألة بهذا الشكل لذلك لن يكون هناك محل للتساؤل عن امكان دفع الكل للواحد اذا كان المشترى الثانى حاضراً أو اذا كان قد دفع نصيبه من الثمن . انظر فى ذلك ابن عابدين ، س ٤ — ٦ : « لو كان حاضراً . . . يمكنه أن يخاصمه الى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه » . وس ١٠ — ١١ : « بخلاف أحد المستأجرين . . . اذ ليس للمؤجر حبس الدار » . وابن نجيم ، البحر ، جـ ٦ ، ص ١٧٦ ، س ٤ — ٥ : « لانه لو كان حاضراً لا يقبضه [الكل] اتفاقا »

(١٠) الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢٣٩ ، س ١٤ : « ما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما . » وقارن محمد ، الجامع الكبير ، ص ٨٨م/١ : « الشاهد منهما حضر يدفع اليه نصف الجارية ويترك النصف الباقى فى يدى المشترى » . والحصيرى ، باب شركة الرجلين من كتاب الشركة : « ولا يمتنع الدفع بغيبة الشريك » .

(١١) الكاسانى ، جـ ٥ ، انظر الحاشية رقم ٨ . والحصكفى ، جـ ٤ ، ص ٣٠١ ، س ١ : « وان اشترى اثنان شيئا . . . »

(١٢) الزيلعى ، جـ ٤ ، ص١٢٩ ، س ٨ : « لايأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة » وانظر أيضا ابن الهمام ، جـ ٦ ، ص ٢٥٣ ، س ٢٩ : « لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة » ، وابن قاضى سماوه ، جـ ١ ، ص٥١ ، س ٢٢ : « واجمعوا على انه لايدفع الى الحاضر الانصيبه مشاعاً غير مقسوم » . وأيضاً النص الوارد بالحاشية رقم ٢٠ .

على أن جواز وقوع التسليم لكل واحد من الملتزم لهم بالنسبة لحصته فقط يستنتج أيضاً من خلال الخلاف الدائر على صحة هبة المشاع (١٣) .

٢٩١ — ولكن يلاحظ مع ذلك أن التزام المودَع بالتسليم لا ينقسم فيما بين المودِعين . فقد نصوا على أنه لا يستطيع أحد المودعين المطالبة برد حصته وحدها حالة غيبة بقية المودِعين (١٤). فالملتزم لهم هنا يتحتم عليهم الاجتماع عند المطالبة (١٥). وفى هذا ما فيه من المضار كما لاحظه (السرخسى) نفسه

---

(١٣) الحدادى ، ج ٢ ، ص ١٣ ، س ٢٢ — ٢٣ : « ولو قسم وسلم الى كل واحد منهما حصته جاز » .

(١٤) ليس المقصود هنا الغيبة المنقطعة . انظر محمد علاء الدين عابدين ، القرة ، ج ١ ، ص ٤٥٨ ، رقم ٤ : «اطلق فى الغائب فشمل ما اذا كان بعيداً معروفا يتعذر الوصول اليه أو قريباً» . وابن قاضى سماوه ، ج ١ ، ص ٥٣ ، س ١٩ : « سواء كان غائبا عن المجلس حاضراً فى البلد أو غائبا عن البلد » .

(١٥) محمد ، المبسوط ، خط ٣٣ دار الكتب . ج ٢ ، فى الوديعة ، ص١٩٩/٢ س ٢ — ٧ : « قلت أرأيت رجلين استودعا دراهم أو دنانير أو ثيابا أو دواب أو عبيدا فجاء أحدهما والآخر غائب فقال للمستودع ادفع الى حصتى فابا ذلك عليه فتقدما الى القاضى فقضا القضية أينبغى للقاضى أن يأمر المستودع أن يدفع الى صاحبه حصته بغير محضر من الآخر قال لا حتى يجتمع هو وصاحبه جميعاً قلت لم قال الاترى أن المستودع ليس بوكيل فكيف يستطيع أن يقسم المال وهذا قول ابى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك فيدفع اليه حصته ولا يكون قسمة جائزة على الغائب » . وانظر عين هذا النص فى المخطوط رقم ٣٨٢ ، كتاب الوديعة ، الصفحة الثامنة من هذا الكتاب . وقد سمى هذا المخطوط فى فهرست دار الكتب بالنوادر خطأ (انظر ص ٤٥٦ من هذا الفهرست) فهو فى الواقع نسخة من المبسوط يرجع تاريخها الى القرن الثامن .

فقد لا يتيسر اجتماعهم ، وقد يجعل اعنات البعض هذا الاجتماع مستحيلا[١٦].

على أن هذا هو رأى (ابى حنيفة) وحده . وقد خالفه فيه الصاحبان ، إلا أن مخالفتهما منحصرة فى حالة ما إذا كان الشىء المودع يحتمل القسمة . فهما قد قالا فى هذه الحالة فقط بانقسام الالتزام [١٧]. ومع ذلك فهذا الانقسام ليس

---

(١٦) السرخسى ، ج ١١ ، ص ١٢٤ ، س ٢—٣ : « والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضى بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الايداع قبل القسمة » . على أن المستودع يستطيع دائما أن يقسم التزامه دون أن يتحمل مسؤولية ما . ففى الواقع تعتبر فقط دعوى المودع غير مقبولة . انظر محمد . فى الموضع المشار اليه : « فأبى عليه ذلك . . . اينبغى للقاضى أن يأمر » . وفى نفس المعنى انظر السرخسى فى الموضع المشار اليه أيضاً . والطحاوى . ص ٨١/١ : « لم يكن عليه أن يعطيه منها شيئاً » . وانظر أيضاً الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٢١٠ ، س١٩ — ٢٠ . وأخيرا ابن عابدين ج ٤ ، ص ٦٨٧ ، س ٢٧ — ٢٨ : « أشار بقوله لم يدفع الى أنه لا يجوز له دلك حتى لا يأمره القاضى بدفع نصيبه اليه » . وهذا الحكم يعتبر مخالفا للقياس ولكنه رجح عليه . أنظر الحصكفى ، ج ٤ ، ص ٦٨٧ — ٦٨٨ : « ولو دفع هل يضمن . . . فى البحر الاستحسان لا فكان هو المختار » .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الفقه العملى (الحيل) قد ردد صدى نزعة التخلص من الدعوى المشتركة . انظر الهندية ، ج ٤ ، فى الوديعة ، ص ٣٥٥ ، س ٢٠ — ٢٥ . والمفروض فى المسألة هنا أنه قد اتفق على اشتراط اجتماع المودعين ، فرسم الفقه العملى خطة دفاع للتخلص من المسؤولية : « ثلاثة أودعوا رجلا مالا وقالوا لاتدفع المال الى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم . . . فان اراد المودع أن يخرج عن الضمان فالحيلة له فى ذلك أن يقول للحاضر الذى يطالبه بعد ما دفع الى الاول احضر خصمك حتى ادفعه اليكما ولا يقر بالدفع اليه » .

(١٧) هذا هو على الاقل مانسب اليهما فى بعض النصوص ومنها لمتقدمين . ففى الطحاوى ، الموضع المشار إليه : « دراهم أو ما سواها مما يقسم » . والمرغينانى

انقساماً نهائياً فى نظر الصاحبين أنفسهما. ذلك أنه إذا هلك الباقى فى يد المستودَع فان للمودع الذى لم يقبض أن يرجع على شريكه القابض بنصيبه عما قبض (١٨) .

جـ ٧ ، ص ٤٥٨ ، س ٦ : « فى المكيل والموزون » . وفى نفس المعنى الحدادى ، جـ ٢ ص ٣٨ ، س ٣٠ . والزيلعى ، جـ ٥ ، ص ٨٠ ، س ١ — ٤ : « والخلاف فى ذوات الامثال » . وقاضى خان ، شرح الجامع الصغير ، منقولا عن الشلبى ، جـ ٥ ، ص ٨٠ . وانظر عكس ذلك فى محمد ، الموضع المشار اليه : « دراهم أو دنانير أو ثيابا أو دواب أو عبيداً » . ولكن فى الجامع الصغير : « ثلاثة استودعوا رجلا الفا » . والسرخسى جـ ١١ ، ص ١٢٣ ، س ١١ — ١٢ . والقدورى ، ص ٧٢ . ولكن الكاسانى . فى الموضع المشار اليه ، عند ما سرد الأمثلة لم يأت الا باشياء قابلة للقسمة . وانظر أيضا فى عكس ذلك ، الحصكفى ، جـ ٤ . ص ٦٨٧ : « لو أودعا شيئاً مثلياً أو قيمياً » . وقاضى زادة نتائج ، جـ ٧ ، ص ٤٥٨ ، س ٢٥ — ٢٦ . وراجع فى هذا التردد ابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ٦٨٨ ، س ١ — ٦ . وطبقاً للتفسير الآخر يستطيع كل من المودعين أن يطالب بحصته فى الشىء المودع ولو كان هذا الشىء غير قابل للقسمة .

(١٨) الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢١٠ ، س ٢١ — ٢٢ : « لو هلك الباقى فى يد المودع ثم جاء الغائب له أن يشارك صاحبه فى المقبوض » . والمراجع المذكورة.

وقد فرع الصاحبان هذه المسألة قياساً على مسألة الدين المشترك (أنظر فيما يلى) ولكن كما قد لاحظ أبو حنيفه المفروض هنا أن الالتزام موضوعه تسليم شىء بينما المدين يدفع ماله الخاص . انظر الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢١٠ ، س ٢٩ — ٣٠ : « القياس على الدين المشترك غير سديد ... هنا يدفع مال الغائب » . لذلك نرى ابا حنيفة نفسه يسلم بانقسام المطالبة فى حالة ما اذا انقلب التزام المودع الى دفع مبلغ من المال على سبيل التعويض . انظر الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢١٣ ، س ١٢ — ١٣ : « لو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الفا ويكون المخلوط له وهذا قول ابى حنيفة » .

٢٩٢ — ولا يتأتى الانقسام أيضاً فى حالة تعدد الدائنين المرتهنين. فاذا طالب أحدهم بالعين المرتهنة فى غيبة الباقين لا يحكم له طبقاً لنظرية الدعوى عند (ابى حنيفة) [١٩] .

٢٩٣ — وعلى ذلك نستطيع أن نقول أنه فى احوال الالتزامات بالتسليم قد ينقسم الالتزام وقد لا ينقسم فيما بين الملتزم لهم، الا أنه فى جميع الاحوال لا يكون لاحد الملتزم لهم أبداً حق المطالبة بالكل ولو كان الشىء المطلوب تسليمه لا يقبل الانقسام .

على أنه يلاحظ أن الحكم فى رأى (أبى يوسف)اذا صدر بناء على مطالبة أحد المشترين فهو يعتبر حكماً كذلك لمصلحة المشترين الغائبين. فالحكم يتناول الكل ولو ان نصيب الغائب لا يسلم الى شريكه بل الى اجنى على سبيل الوديعة [٢٠] .

---

(١٩) ابن قاضى سماوه، ج ١، ص ٦٢، س ٨ — ١١.

(٢٠) ابن قاضى سماوه، ج ١، ص ٤٨ — ٤٩ : « برهن عليه انى وفلان الغائب اشترينا هذا منه بكذا ونقدنا ثمنه . . . فعلى قياس قول ابى يوسف يحكم بكله للحاضر والغائب ويدفع الى الحاضر نصفه ويودع الباقى عند ثقة ولا يقسم حتى يحضر الغائب » .

ويجب ملاحظة أنه اذا كان الامر يتعلق بجملة وارثين فان الحكم الصادر بناء على مطالبة أحدهم هو أيضاً فى مصلحة الآخرين اتفاقاً. انظر ابن قاضى سماوه ج ١، ص ٨١، س ٢ — ٤ : « اذا آل الامر الى المطالبة بالتسليم لا بد من بيان حصته » .

وهناك استثناء آخر، فان المشترى الذى دفع الثمن كله فى غيبة المشترى الآخر يمكنه قبض الكل ليحبس نصيب الغائب . هذا هو رأى ابى حنيفة و محمد

الفرع الثالث — الالتزامات التى يكون موضوعها مبالغ أى مقادير من النقود أو اشياء اخرى مثلية

٢٩٤ — هل ينقسم الالتزام بين الدائنين اذا كان موضوعه مبلغاً من النقود أو من أشياء مثلية أخرى ؟

قبل الاجابة عن هذا السؤال يتعين هنا تحديد الحالة التى يعتبر فيها التعدد وتبين أحكامه. فمن البديهى أن تعدد الدائنين لا يهمنا إلا اذا كان واقعاً فى التزام واحد، ففى هذه الحالة فقط يبحث عن تأثير هذا التعدد فى الالتزام فى ذاته. أما تعددهم مع تعدد الاسباب المنشئة للديون فيعرض له عند الكلام عن التزاحم، ولا يدخل فى نطاق هذا الباب.

والمطلوب الآن هو معرفة متى يكون التعدد فى التزام واحد اى متى يعتبر الدين ناشئاً عن سبب واحد وهو ما يسمونه بالدين المشترك (٢١).

خلافا لابى يوسف . ولا يكون له هذا الحق اتفاقاً اذا كان الشيء قابلا للقسمة . انظر الحواشى رقم ٨ — ١٢ فيما سبق . وانظر أيضاً قاضى خان ، شرح الجامع الصغير ، خط ٧٤٣ دار الكتب ، ج ٢ ، فى البيوع ، باب المسائل المنثورة .

(٢١) وذلك لان للتفرقة هنا وهنا فقط أهمية . غير أنه لا يخفى أن موضوع التعدد بحذافيره لا يكون محلا لبحث اذا لم يكن هناك اشتراك . واذا كان الفقه فى فرنسا لم يعر هذه التفرقة اهتماما فذلك لكونها فى التشريع الفرنسى ليست ذات نتيجة تذكر . انظر كولان وكابيتان ، ج ٢ ، ص ١٧٦ حيث انتقدا استعمال لفظ « conjointe » . وانظر فى هذا الانتقاد بلانيول وريبير ، ج ٧ ، ص ٣٦٢ ، رقم ١٠٥٥ . على أن ديمولومب قد استرسل فى هذا الموضوع وهو يرى أن الالتزام يكون مشتركا اذا اتحد الموضوع والسند (انظر رقم ١٠٩) وتجد فائدة التفرقة مشروحة فى رقم ١١٣ — ١١٤ و ٥٨٤ . وانظر ايضاً لارومبيير ، ج ٣ ، ص ٣٥٩ ، رقم ٩ .

المبحث الأول — تحديد حالات التعدد

٢٩٥ — أحوال التعدد التى تهمنا هى أحوال الدين المشترك ، والدين يكون مشتركا كما فى النصوص إذا كان سببه واحداً [٢٢] .

وعلى ذلك لا يكون الدين واحداً بالطبيعة إذا لم تربط بين الدائنين رابطة ما[٢٣] كما لو باع كل واحد منهما ماله على حدة . ولا يكون الدين واحداً

(٢٢) رضى الدين السرخسى ، ج ٦ ، خط ٦١٣ ، كتاب الشركة ، باب قبض أحد ربى الدين نصيبه . حوالى الصفحة ٦٩ : « أصله أن الدين متى وجب لاثنين على واحد بسبب واحد فانه يكون مشتركا بينهما » . وفى التيسير ، باب شركة الرجلين يكون بينهما الجارية : « لان سبب وجوب الدين متحد» . وفى باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه : « انما يكون الدين مشتركا اذا وجب بسبب واحد حقيقة وحكما » . وفى نفس الباب : « مداره اتحاد السبب ... الاشتراك فى الدين ... يعتمد اتحاد السبب » . الحصيرى ، خط ٩٧ ، ج ٥ ، كتاب الشركة ، نفس الباب . والسرخسى ، ج ٢١ ، الصلح ، ص ٤١ ، س ١٩ . والكاسانى ؛ ج ٦ ، الشركة ، ص ٦٥ ؛ س ٢٦ . والزيلعى ، ج ٥ ؛ الصلح ، ص ٤٥ . وابن نجيم ؛ ج ٢ ، ص ٢١٢ ، س ٤ — ٥ . والحصكفى ، ج ٤ ، الصلح ، ص ٦٦٢ ، س ٣٤ . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٦ ، س ١١ ، عن المحيط .

وقارن كولان وكابيتان ، ج ٢ ، ص ١٧٧ حيث جاء أن الديون المشتركة هى التى تولدت من واقعة قانونية واحدة .

(٢٣) انظر فى ابن عابدين ، العقود الدرية ؛ فتوى فى مسئلة واقعية ، ج ٢ ص ٢٢٢ : « سئل فيما اذا كان لزيد بذمة جماعة مبلغ دين من الدراهم ولعمرو بذمتهم دين أيضاً فأخذ زيد منهم قدراً من دينه الخاص به ويريد عمرو مشاركته فى ذلك بلا كفالة من زيد لذلك ولا وجه شرعى فهـــل ليس لعمرو ذلك الجواب نعم » .

رابطة الاشتراك متحققة حتما فى حالة الميراث فان تعدد الورثة يجعل الدين

كذلك ولو كان المال المبيع مملوكا لهما على المشاع (٢٤).

فالعبرة إذاً بوحدة السبب نفسه أى بوحدة مصدر الالتزام. وقد فرق الفقهاء ما بين العمل القانونى وهو مصدر الالتزام والسند المثبت له. ولذلك لا يكون الدين واحداً إذا صدر البيع من كل واحد من البائعين على حدة وتعين الثمن بالنسبة لكل حصة. ولا يهم بعد ذلك أن المبلغ المطلوب من المشترى قد ذكر جملة واحدة فى السند (٢٥). وقد نصوا على مثل ذلك فى حالة القرض (٢٦).

مشتركا وهو فى الواقع قد تولد عن واقعة قانونية واحدة. انظر محمد، المبسوط ص ٣٨٥ / ١ : « اذا كان لرجل وامرأة على رجل الف درهم بينهما للرجل الثلثان وللمرأة الثلث من ميراث ورثاه... كان لشريكه أن يشركه». والكاشانى، ج ٦، ص ٦٥، س ٢٥ : « أو ورثا دينا لرجل واحد ». وكذلك فى حالة الوصية. انظر ابن عابدين، ج ٤، ص ٦٦٢ : « دين موروث أو كان موصى به لهما ».

(٢٤) التيسير، باب شركة الرجلين : « عبد بين اثنين باع كل واحد نصيبه فى صفقة على حدة ». وفى باب رجوع أحد الشريكين : « لو باعا العبد المشترك صفقتين لا يشتركان فى البدل ».

(٢٥) محمد، خط ٢٠٠، ص ٣٨٥ / ١، فى باب اختلاف الشراء والصلح : « اذا كان خادم بين رجلين فباع أحدهما حصته بخمس مائة من رجل وباع الآخر حصته من ذلك الرجل بخمس مائة وكتبا عليه صكا بالف درهم جميعا... الصفقة مختلفة ». والسرخسى، ج ٢١، ص ٤١، س ١٠ وما بعده : « لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك ». وابن عابدين، ج ٤، ص ٦٦٢، س ٢٨ وما بعده.

(٢٦) محمد، المرجع المشار اليه : « وكذلك لو اقرضه كل واحد منهما خمس مائة وكتبا عليه بها صكا واحدا ». والسرخسى، ج ٢١، ص ٤١، س ١٣ — ١٤ : « كما لو اقرضه كل واحد منهما خمسمائة وكتبا بالالف صكا واحداً ».

والعقد هو مصدر الالتزام، والعبرة به عند انعقاده، ولا تأثير للاجازة اللاحقة إذا كان العقد قد انعقد تحت شرط الاجازة. ولذلك قد تقع الاجازة مجزأة دون أن تمس وحدة العقد. ولكن مع ذلك إذا حصل وفاء عند اجازة أحد الدائنين فقط فلا يؤثر التعدد المترتب على اجازة الآخرين إذ أن الوفاء قد حصل فى وقت لم يكن الدين فيه لمتعدد(٢٧). وقد ورد مثل هذا فى حالة بيع ملك الغير (٢٨).

---

(٢٧) محمد، الجامع الكبير، خط ٧٤٠، ص ٢/٩٧: « اذا باع الرجلان من رجل عبداً بالف درهم على أن البايعين بالخيار ثلاثة أيام ... ثم ان احدهما اجاز البيع فالبيع جائز فى حصته وقد وجب له نصف الثمن على المشترى فان لم يقبضه حتى اجاز البيع الآخر البيع فقد جاز البيع فى العبد كله فان قبض واحد من البيعين من الثمن شيئاً شركه فيه صاحبه ولا يلتفت الى ما وجب لاحدهما قبل صاحبه لانه لم يقبض شيئا حتى صارا مشتركين. ولو ان الاول قبض نصف الثمن قبل ان يجيز صاحبه ثم ان صاحبه اجاز البيع بعد ذلك لم يشرك الذى قبض نصف الثمن فى قليل ولا كثير لانه قبض نصف الثمن وهو له خاصة لا شركة لاحد فيه ». والهندية، ج ٢، ص ٣٤٦، عن المحيط.

(٢٨) محمد، الجامع الكبير، ص ٢/٩٦ — ١/٩٧. « واذا اغتصب الرجلان من الرجل عبدا فباعاه ... ثم ان ... المولى لقى أحد الغاصبين فضمنه نصف العبد.. فان البيع قد تم ... ولا يلتفت فى هذا الى وجوب الثمن لاحدهما قبل صاحبه لان البيع كان أصله واحدا ... ولو كان الغاصب الذى ضمن أولا قبض نصف الثمن ثم ان المولى لقى الغاصب الآخر فضمنه ... لاشركة ... قبض ذلك قبل أن تقع الشركة سلم له ذلك ». العتابى، ص ١٣٢. والحصيرى، ج ٥، باب رجوع أحد الشريكين: « السبب هو البيع والبيع متحد ووجوب الثمن يستند الى البيع لان النفاذ يستند الى البيع لانه صفة البيع ... وان اختلف وقت النفاذ »، وحين نفذ البيع الثانى كان نصيب كل واحد منهما ممتازاً عن نصيب الآخر صفة لان نصيب

٢٩٦ — ولمعرفة ما إذا كان العقد سبب الدين واحداً يتعين النظر إلى الصفقة نفسها. فاذا كانت الصفقة واحدة اعتبر العقد واحداً. والصفقة تعتبر واحدة إذا كانت لا تقبل التجزئة (٢٩).

من أجل ذلك لا يكون الدين المطلوب للبائعين واحداً إلا إذا باعا معا بثمن اجمالى واحد(٣٠) فالصفقة لا تعتبر واحدة فى رأى (أبى يوسف) و(محمد)

الاول حين نفذ بيع الثانى كان عينا ونصيب الآخر كان دينا فى ذمة المشترى وللنفاذ حكم الابتداء».

(٢٩) الحصيرى، المرجع المشار اليه، فى باب شركة الرجلين: «وفقهه... العقد منهما واحد فكل واحد منهما فى التصرف كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شىء من الحكم... اذا كان البيع صفقة واحدة كان تمام البيع بكلامهما ولهذا لو قبل البيع فى نصيب أحدهما دون الآخر لا يجوز فكان علة وجوب الثمن عقدهما فكان مشتركا بينهما». وابن عابدين، ج ٤، ص ٢٥ — ٢٦: «مطلب فى بيان ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها».

(٣٠) سواء كان المبيع مالا مشتركا: انظر محمد، ص ١/٣٨٥: «ان باعا جميعا الجارية صفقة واحدة بثمن واحد حالا أو الى أجل». ومحمد، الجامع الكبير، ص ١/٩٥. والكاسانى، ج ٦، ص ٦٥، س ٢٤. والمرغينانى، ج ٧، فى الصلح، ص ٤٠٢. والحصكفى، ج ٤، ص ٦٦٢. وابن عابدين، ج ٤، ص ٦٦٢. والهندية، ج ٢، ص ٣٦٦ و٣٤٣؛ عن الكافى. وكذلك فى حالة الاجارة. انظر محمد، الجامع الكبير، ص ٢/٩٥: «اذا كانت الدار بين رجلين فاجراها من رجل بمائة درهم». والتيسير. فى باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه: «باعا منفعة مشتركة بينهما صفقة واحدة». والهندية، ج ٢، ص ٣٤٣، عن الكافى. وابا السعود، حاشية على فتح الله المعين، فى الصلح، ج ٣، ص ١٨٤.

أو شيئين مختلفين: محمد، الجامع الكبير، ص ١/٩٥: «رجلان لاحدهما عبد

إذا كان الثمن مجزأ (٣١). فلا يكون الدين واحداً إذا جعل لكل من البائعين حصة من الثمن (٣٢) أو كان الثمن المستحق لأحدهم يختلف عن الثمن

وللآخر أمة ثمنهما سواء باعاهما من رجل صفقة واحدة بالف درهم». والحصيرى ج ٥، فى باب شركة الرجلين: «كرجلين اسلما عشرة دراهم الى رجل فى كرحنطة صفقة واحدة والعشرة غير مشتركة بينهما بان كانت الخمسة ملك أحدهما والخمسة ملك الآخر». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٥ : «ان كان لكل واحد منهما عين على حدة... وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما». وابن عابدين، ج ٤ : ص ٦٦٢، عن الزيلعى.

(٣١) التيسير، فى باب رجوع أحد الشريكين: «لو سمى كل واحد لنصيبه ثمنا لم يشركه الآخر فيما قبض لاختلاف سبب الوجوب ولهـــذا لو قبل نصيب أحدهما صح بخلاف ما اذا لم يسم وهذا ظاهر الرواية وعلى ما روى عن ابى حنيفة لا تتفرق الصفقة بهذا». وابن عابدين، ج ٤، ص ٢٥ وص ٣٧٥. والكاسانى ج ٥، ص ١٤٥.

(٣٢) محمد، ص ٣٨٥/ ١ : «ولو باعا صفقـة واحدة على أن نصيب فلان منها مائة درهم وعلى أن نصيب فلان الف درهم... فهذا بمنزلة صفقتين». ومحمد، الجامع الكبير، ص ٩٥/ ١ : «ولو كانا حين باعا سميا أن ثمن كل واحد منهما خمس مائة درهم فقبض أحدهما حصته... لم يشاركه». وانظر عكس ذلك فى محمد علاء الدين عابدين، القرة، ج ٢، ص ٢٣٨: «بعناك هذا العين بالف لكل خمسمائة فقبل كان صفقة واحدة». ويظهر انه اتبع رأى ابى حنيفة فى هذا. لكن الجمهور على غير ذلك. انظر السرخسى، ج ٢١، ص ٤١، س ١٤ وما بعده: «لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة لان تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشترى أن لا يقبـــل البيع فى نصيب أحدهما». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٥ : «تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما». والهندية، ج ٢، ص ٣٢٧.

وقارن مع ديمولومب. ج ٢٦، ص ٨٣، رقم ١٠٩. فهو يميز بين حالتين. الحالة

المستحق للآخر فى ماهيته (٣٣) أو فى صفته (٣٤).

٢٩٧ — ويلاحظ أنه إذا لم يعتبر العقد مصدر الالتزام واحداً فان الالتزام الذى ينشأ عند فسخه يتأثر كذلك بطبيعة هذا العقد فلا يعتبر هذا الدين الأخير واحداً. من ذلك أن رجوع المشترين بالثمن إذا ما وجد بالمبيع عيب أو عند استحقاق المبيع لا يعتبر ديناً مشتركا إذا كان الثمن لم يقدر بالعقد جملة واحدة (٣٥).

الاولى: تعهد شخص فى صك بان يدفع عشرة آلاف لآخر وعشرة آلاف لثالث. الحالة الثانية: تعهد شخص فى صك بان يدفع عشرة آلاف لآخرين. فيقول ديمولومب أن الدين يكون مشتركا فى الحالة الثانية دون الاولى. وانظر ايضاً لاروميير ج ٣، ص ٣٠٧ حيث جاء انه اذا باع شخص حقلا بكذا وغابة بكذا وارضا بكذا بموجب صك واحد فانه يكون على المشترى ثلاثة التزامات كل واحد منها مستقل تماما عن الآخر.

(٣٣) محمد، ص ٣٨٥ / ١: «لو اشترط أحدهما أن ثمن نصيبه كر حنطة جيد وثمن حصة الآخر كر من شعير جيد». والسرخسى. ج ٢١، فى الرهن، ص ١٦٤، س ٢١ — ٢٢: «لرجلين على رجل دين هما فيه شريكان أو لا حدهما دنانير وللآخر دراهم أو حنطة أو غيرها».

(٣٤) محمد، ص ٣٨٥/١: «وكذلك لو اشترط أحدهما أن نصيبه خمس مائة بيضا وشرط الآخر خمس مائة سود». والسرخسى، ج ٢١، ص ٤١، س ١٦ — ١٧.

(٣٥) العتابى، ص ١٣٢: «لو اشتريا صفقتين فرداه بعيب أو استحق فقبض أحدهما حصته فلا شركة وان نقدا من مال مشترك. فى رواية ابن سماعة يشركه اذا كان النقد من مال مشترك». وظهير الدين، ج ٢، ص ٣٥/٢ — ٣٦ / ١: «رجلان اشتريا من رجل جارية اشترى أحدهما نصفها بالف درهم واشترى الآخر نصفها بالف درهم ثم وجدا بها عيبا ورداها ثم قبض أحدهما حصته من

٢٩٨ — ولما كانت وحدة الصفقة هي شرط اتحاد المصدر فانعدام وحدة الصفقة هو الذى يفسر لنا السبب فى عدم اعتبار دين الكفلاء المتعددين على المدين ديناً واحداً مشتركا . ذلك أنهم قد نصوا على أن عقد الكفالة يقبل التجزئة عند تعدد الكفلاء ، فهو إذاً لا يكون صفقة واحدة[٣٦] ودين الكفلاء على المدين أساسه هذا العقد[٣٧] وهو ليس واحداً كما قلنا . هذا هو فقه (أبى يوسف)[٣٨]، وقد انضم اليه فيه (محمد)[٣٩]. وقد ورد

الثمن لا يشاركه صاحبه فيما قبض . دفعا الثمن مختلطا فى الابتداء أو دفع كل واحد منهما الثمن على حدة ، لأنه صفقتان ، وكذلك إن استحقت الجارية . وروى عن أ . يوسف أنه رجع عن قوله فى فصل الرد » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ ، عن المنتقى ، عن أبى يوسف .

(٣٦) الحصيرى ، ج ٥ ، فى باب رجوع أحد الشريكين : « كفالتهما وإن اتحدت حقيقة لأنهما كفلا عن الغريم بألف درهم جملة واحدة لكن اختلف حكما ، لأن كفالة كل واحد منهما صحتها غير منوطة ومتعلقة بكفالة الآخر ، فان الطالب لو قبل كفالة أحدهما دون الآخر صح » .

(٣٧) المرجع المشار اليه : « بنفس الكفالة وجب الدين للطالب على الكفيل ، وللكفيل على الأصيل ، إلا أن ما وجب له على الغريم مؤجل إلى وقت القضاء » .

(٣٨) المرجع المشار اليه : « إذا ثبت أن وجوب المال عليهما بسبب الالتزام والتزامها متفرق فان كفالة هذا والتزامه غير كفالة ذاك والتزامه . فكان السبب مختلفا ، وهذا لأنه وجب الدين لها على المطلوب وعليهما للطالب بسببين مختلفين » .

(٣٩) محمد ، الجامع الكبير ، ص ١/٩٥ : « وهذا عند محمد بن الحسن أحسن من القول الأول وقال ورجعت اليه » . على أن الوارد فى الهندية هو القول الأول لمحمد منقولا عن خزانة المفتين والظهيرية . انظر الهندية ، ج ٢ ، ص ٧٣٣ . وقد أخذت به من بعدها المجاميع انظر المجلة المادة ١٠٩٧ ، ومرشد الحيران المادة ١٧١ .

مثل هذا فى حالة رجوع الوكلاء بالشراء بالثمن على الموكل (٤٠).

٢٩٩ — ويلاحظ مع ذلك ان دين المقرضين يعتبر ديناً واحداً اذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك (٤١) ولو ان عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين(٤٢). ذلك ان الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء، فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقرض مشتركا. ان المقترض يرد مثل ما اقترض تماماً فكان من الطبيعى أن يبقى المردود مشتركا كما كان المأخوذ. ولذلك لا يكون المردود مشتركا إذا لم يكن المأخوذ كذلك، أى لا يكون الدين واحداً إذا لم يكن القرض من مال مشترك (٤٣). وهذا هو كذلك حكم رجوع الدافعين بأمر المدين: فان دينهم يكون مشتركا إذا

---

(٤٠) محمد، الجامع الكبير، ص٩٥ / ١. والحصيرى، جـ ٥: «ولهذا يملكان الرجوع قبل الاداء وأمر أحدهما بالشرى غير أمر الآخر، ألا ترى أنه لو قبل أحدهما الوكالة دون الآخر صح». والهندية، جـ ٢، ص ٣٣٧، عن المحيط.

(٤١) محمد. ص ٣٨٥ / ١: «أو دراهم أقرضاها اياه». والكاسانى جـ ٣، ص ٦٥: «ألف بينهما أقرضاه اياه». والزيلعى، جـ ٥، ص ٤٥: «بدل القرض من المال المشترك بينهما». وابن عابدين، جـ ٤، ص ٦٦٢، س ٣١ والهندية، جـ ٢، ص ٣٣٦.

(٤٢) الحصيرى، جـ ٥، فى باب رجوع أحد الشريكين: «صحة الاقراض من مال كل واحد منهما غير متعلق بصحة الاقراض من مال الآخر، ولهذا لو استقرض من رجلين شيئاً فاقرضه أحدهما صح». وفيما بعد هذه العبارة: «والاقراض إن وجد منهما جملة حقيقة إلا أنه اختلف حكما... حتى أن رجلين لو أقرضا ألفا مشتركا بينهما من رجل فقبض المستقرض من نصيب أحدهما دون الآخر صح».

(٤٣) الحصيرى، المرجع المشار اليه: «حق المشاركة هنا فى المقبوض ما ثبت لمكان الشركة فى الدين وإنما يثبت بسبب آخر وهو أن ما قبضه القابض من المستقرض إن كان غير المقبوض حقيقة فهو عين المقبوض حكما». وفيما بعد:

دفعوا من مال مشترك (٤٤) . ذلك أن الدفع هنا هو فى الواقع عبارة عن اقراض ، فيأخذ حكمه (٤٥) .

٣٠٠ — وفى جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد . وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون لمتعدد ، وهو يعتبر ديناواحداً فى الحالة الأخيرة إذا كان الضرر قد

« إذا أدياه لا من مال مشترك بينهما [يكون] القابض قبض الخمس مائة التى هى عين ماله حكما ، ولو قبض الخمس مائة التى هى عين ماله حقيقة لا يكون للاخر أن يشاركه فيه فكذا إذا قبض عين ماله حكما » .

(٤٤) محمد ، الجامع الكبير ، ص٩٤/١ : « إن كان أديا المال عن الغريم جميعاً من مال مختلط بينهما فلكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه . . . لانهما كانا شريكين فى المال الذى أدياه . فان كانا أديا المال جميعاً معا من مال متفرق . . . لم يشاركه . وإن كان الغريم قد أمرهما جميعاً أمراً واحداً » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٣ عن المحيط ، عن محمد ، الجامع .

(٤٥) الحصيرى ، ج ٥ : « لأن الأداء منهما بمنزلة الاقراض من الغريم » . ولذلك قد يمكن القول أن لا اشتراك إذا كان الدين قد نشأ عن مجرد حلول محل الدائن الأصلى بقوة القانون . انظر محمد ، الجامع الكبير ، ص ٩٥ / ٢ — ٩٦ / ١ : « إذا شهد الرجلان على رجل أنه كاتب عبدا له . . . وكذلك لو شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده » . والتيسير : « إذا ضمن الشاهدين فلان أقامهما مقامه وملكهما بدل الكتابة ، لأنه إن لم يكن المكاتب قابلا للنقل بالضمان فبدله قابل له قصداً بأن باعه من المكاتب أو حكما بالارث . . . كغاصب المدبر إذا قتل فى يده خطأ وضمن المولى الغـــاصب . فللغاصب تضمين عاقلة القاتل أو تضمين القاتل إن لم يكن له عاقلة لقيام المولى فى حق استحقاق قيمة المدبر » . والحصيرى ، ج ٥ ، فى باب رجوع أحد الشريكين : « لما غرما القيمة ملكا مثل ذلك فى ذمة المكاتب والمشترى بطريق القيام مقـام المولى والبايع فيما على المكاتب والمشترى من غير تصوير عقد بينهما » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٣ .

لحق مالا مشتركا بين اثنين [٤٦] أو وقع على نفس مورثهما المشترك [٤٧].

أما إذا لحق الضرر أموالا مختلفة مملوكة لجملة أشخاص فلا يكون الدين واحداً . وقد فسروا ذلك بصريح العبارة أن السبب وهو الجريمة لا يعتبر واحدا فى الحالة الأخيرة ويعتبر كذلك فى الحالة الأولى [٤٨] .

(٤٦) محمد ، ص ٣٨٩ / ١ : « باب الصلح فى الغصب بين اثنين . وإذا اغتصب رجل عبداً بين اثنين فاستهلكه . . . يشركه الآخر فيما أخذ » . ومحمد ، الجامع الكبير ، ص ٨٨ / ١ : « جارية بين رجلين . . . [يقضى] بالعقر بينهما نصفين » . وص ٩٦ / ١ : « ان اختار ضمان الغاصبين الأولين رجع الغاصبان الأولان على الغاصب الآخر بقيمته يوم غصبه منهما . . . فاراد شريكه أن يشركه فيما كان له [ذلك] » . و الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٥ ، س ٢٤ — ٢٥ : « أو استهلك الرجل عليهما شيئاً قيمته الف درهم » . والمرغينانى ، جـ ٧ . ص٤٠٣ : « قيمة المستهلك المشترك » . والزيلعى ، جـ ٥ . ص ٤٥ : « قيمة العين المشتركة المستهلكة » والحصكفى ، جـ ٤ . ص ٦٦٢ فى نهايتها . والهندية ، جـ ٢ ، ص ٣٣٦ : « استهلك لهما ثوبا » . والحصكفى ، جـ ٥ . فى باب شركة الرجلين : « العقر وقيمة الولد مشترك بينهما نصفين لأنه دين وجب لهما بسبب واحد » .

وقارن مع كولان وكابيتان ، جـ ٢ . ص ١٧٧ حيث قالا ان هناك من الديون ما يكون الدائن فيه متعدداً ويضربان مثلا لها حالة ما إذا استولى أحد الورثة على جميع ثمار الأملاك المشاعة اثناء قيام الشيوع فانه يصبح مديناً لكل من الورثة .

(٤٧) محمد . الجامع الكبير . ص ٨٩ / ٢ — ٩٠ / ١ : « اذا كاتب الرجل عبده فجنا جناية فقتل رجلا خطأ وللمقتول وليان . . . يقضى لهما عليه بالقيمة [ويشتركان] » . وص ٩٠ / ٢ : « ان دفع نصف العبد أو فداه بنصف الدية ثم حضر الشريك الآخر فله أن يرجع فيأخذ من شريكه نصف ما أخذه » . وفيما بعد هذه العبارة : « إذا جنا المدبر جناية فقتل رجلا خطأ وله وليان فعلى مولاه قيمته بينهما نصفين » . والكاسانى ، جـ ٧ ، ص ٢٤٢ ، س ٢٤ — ٢٥ .

(٤٨) فى حالة وقوع الضرر على النفس تقرر النصوص أن هناك جريمتين

٣٠١٠ — ويلاحظ انه في بعض الأحوال قد يتأخر نشوء الالتزام المتولد عن الجريمة الى يوم صدور الحكم بالتضمين. وفى هذه الحالات يتطلب الفقهاء شرط توفر الوحدة فى الحكم لا فى الجريمة. لذلك لا يكون الدين واحداً إذا صدر فى هذه الأحوال لكل من الدائنين حكم على التوالى(٤٩).

لا جريمة واحدة. انظر محمد، الجامع الكبير، ص٩٠ / ١ : « إذا قتل المكاتب رجلين خطأ لكل واحد منهما ولى... لم يشركه فيه صاحبه لأن الجنايتين كانتا مختلفتين ولم يكونا شريكين فى أصل الجناية، فاذا كانت الجنايتان مختلفتين فان قضى القاضى بالقيمة جميعا أو متفرقا فهو سواء. وما أخذ واحد منهما لم يشركه فيه صاحبه ». والحصيرى، ج ٥، فى باب شركة الرجلين : « لا يمكن القول باتحاد الحق لأن أصل الحق الذى تقابله القيمة غير مشترك بينهما فكان كل نصف من القيمة مقابلا بنفس على حدة فتى لم يكن المبدل مشتركا بينهما لا يكون البدل مشتركا، وكذلك سبب الوجوب مختلف وهو الجناية». وفيما بعد : « لأن الجنايتين إذا اختلفتا صار لهما موجبان مختلفان والمحل غير مشترك أيضا ».

(٤٩) محمد، الجامع الكبير : الحالة الأولى، ص ٨٨ / ٢ — ٨٩ / ١ : « جارية بين رجلين... لا شركة بينهما فى قيمة الولد إلا أن يقضى بها لهما جميعاً... [لأنه] يصير الولد مالا يوم يقضا بقيمته ». الحالة الثانية، ص ٨٩ / ٢—٩٠ / ١ : « كاتب الرجل عبده فجنا جناية فقتل رجلا خطأ وللمقتول وليان... إن كان القاضى قضى بالدم وأحدهما غائب وقضا للحاضر منهما بنصف القيمة... ثم حضر الغائب فلا سبيل له على شريكه لأن نصيبه لم يصر مالا... لأن الجناية إنما صارت مالا بعد القضا فوجب المال لهما متفرقا فلما وجب متفرقا كان ما أخذ أحدهما له خاصة ». وص ٩٠ / ٢ : « المكاتب لا تكون جنايته مالا حتى يقضى بها والمدبر جنايته مال حين يجنى وإن لم يقض له بها ». والحصيرى، ج ٥، فى باب شركة الرجلين : « إذا كان سبب وجوب القيمة [قيمة الولد] المنع وانه يتحقق عند

٣٠٢ — وقد يكون مصدر الالتزام غير الضرر، وفى هذه الحالة لا يكون الدين واحداً إلا اذا كانت طبيعة الأشياء تقضى بذلك كما فى القرض. من ذلك أن رجوع المشتريين بالثمن المدفوع بمقتضى عقد باطل لا يكون ديناً مشتركا الا إذا كانا قد دفعا من مال مشترك(٥٠). ولا عبرة هنا بوحدة العقد بالبديهة لأن بطلانه يجعله والعدم سواء.

القضا ينظر الى القضا فان وقع دفعة واحدة كانت القيمة مشتركة لاتحاد السبب وإن وقع متفرقاً لم يكن مشتركا لاختلاف السبب». وبعد: «جناية المكاتب... تصير دينا فى ذمته بأحد [ال] أشياء [ال] أربعة... قبل أحد هذه الأشياء يخير المولى بين الدفع أو الفداء... فاذا كان حاله موقوفا لا تصير جنايته مالا إلا بالقضا». والهندية، ج ٢، ص ٣٤٤ — ٣٤٥.

وانظر أيضاً حالة ثالثة لتأخر نشوء الالتزام وفيها نشأ الالتزام عن ضرر وقد كان هناك عقد بين الطرفين. محمد، الجامع الكبير، ص ٨٩ / ٢: «لو كان المشتريان رجلين... واقام رجل البينة أن الدار داره فقضا عليهما بنقض البنا... وقضا [لأحد المشتريين] بنصف قيمة البنا فان قبض الأول أو الآخر من البائع شيئاً من حصته من قيمة البنا لم يشركه فيه صاحبه لأن القضا كان فى ذلك مختلفا... فانما يجب لهما المال يوم يقضا لهما به». والحصيرى، ج ٥، فى باب شركة الرجلين: «يسلم إلى البائع ويرجع عليه بقيمته مبنيا لأنه لما باع منه فقد ضمن له بقية البنا إلى الأبد، فاذا لم يسلم له ذلك صار مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بقيمة البنا... [و] البنا إنما صار مالا باختيارهما وقضا القاضى لأن لا حق لهما فى القيمة قبل ذلك وإنما كان حقهما فى البنا قائما ينتقل إلى القيمة بالقضا». وقارن مع المسألة الآتية وقد ذكرها العتابى، ص ١٣٢: «إذا اشتريا عبداً فوجدا به عيبا فرجع أحدهما بنقصان العيب بحصته لم يشركه الآخر وإن قضى لهما بالرجوع يشتركان».

(٥٠) ظهير الدين، ج ٢، ص ٢/٣٥ — ٣٦ / ١: «إن وجدت الجارية

المبحث الثانى — آثار التعدد

٣٠٣ – نستعرض هنا الآثار كما هى على أن نبين طبيعة الالتزام المتعدد فيما يلى .

المطلب الاول — آثار التعدد فيما بين الدائنين والمدين

٣٠٤ – لكل واحد من الدائنين أن يطالب بحصته من الدين[٥١]. وله أن

حرة وقد دفعا الثمن مختلطا كان للآخر أن يشارك القابض فيما قبض » . والعتابى ص ١٣٢ : « ولو وجد العبد حراً يشركه فيما يقبض لأنه لم يملكه البائع » . والهندية ج ٢ ، ص ٣٤٠ ، عن المنتقى ، عن أبى يوسف .

(٥١) الجصاص ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ١/٣٨٢ : « إنه متى طالب به [أى بنصيبه] أجبره القاضى عليه » . والكاسانى ، ج ٦ ، فى الوديعة ، ص ٢١٠ س ٢٤ — ٢٥ : « إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع اليه حصته » . وابن قاضى سماوه ، ج ١ ، ص ٥٠ ، س ٥—٦ : « عليه دين لهما فطلب أحدهما حظه بغيبة البقية يجبر المديون على الدفع » . والهندية ج ٢ ، ص ٣٤١ : « إذا كان لثلاثة دين مشترك على انسان فغاب اثنان منهم وحضر الثالث فطلب حصته يجبر المديون على الدفع . عن الصغرى » . والطرابلسى الفتاوى ، ص ٥٣ : « سئلت عن ورثة لهم دين على زيد ورثوه عن أبيهم فطلب أحدهم حصته منه حال غيبة سائر الورثة هل له ذلك الجواب نعم له ذلك نقل الكفوى ما نصه . ولأحد الشريكين أو لأحد الورثة أن يطلب نصيبه من الدين المشترك بسبب واحد حال غيبة الباقين اهـ معزيا للقنية » .

يتصرف فيها (٥٢) بان يبرىء المدين منها (٥٣) أو يهبها له (٥٤) أو يصالحه عليها (٥٥) أو يقبل وفاء عنها شيئاً آخر (٥٦) . وله أيضاً أن يشترط تأمينات

(٥٢) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ ، س ٣٢ : « إن نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه » .

(٥٣) محمد ، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل الف درهم . . . فابرأه منها أو حلله » . والسرخسى ، ج ٢١ ، ص ٣٨ : «ابرأ عن نصيبه كان صحيحا» . والعتابى ، ص ١٣٢/٢ : « ولوابرأه أحدهما عن نصيبه جاز » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « أبرأ الغريم عن حصته جازت البراءة » .

(٥٤) محمد ، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل الف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب» . فى الهبة يشترط قبول المدين بخلاف الابراء . على أن الرأى الذى ساد لا يفرق بين هبة الدين والابراء منه فلا يحتاج إلى قبول المدين فى الحالين . انظر فى هذا الموضوع داود الخطيب . الفتاوى الغيائية ، ص ١٣٧ . والسندى ج ٩ ، ص ٤ / ١ .

(٥٥) محمد ، ص ٣٨٤/٢ : « لرجلين على رجل الف درهم ... فصالحه أحدهما من حصته على عبد وقبضه فهو جائز » . وص ٣٨٥ / ١ : « إذا كان لرجلين على رجل كر حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم على أن أبرأه من حصته من ذلك فهو جائز » . وأيضا : «إذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد . . . لوكان صالح منه على كر شعير وقبضه كان جائزاً» . وص ٣٨٩/١—٣٨٩/٢ : «إذا اغتصب رجل رجلين طعاما فغيبه عنهما ثم صالح أحدهما على دراهم أو دنانير أو شيء مما يكال أو تمر أو شيء مما يوزن زيت أو سمن . . . فان الخيار فى ذلك إلى المصالح إن شاء أدخله فيما قبض وإن شاء أعطاه ربع الكر الغصب » . والجصاص ، ص ٢/٣٨٢ . « ان أحدهما إذا صالح من نصيبه على ثوب جاز » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ :

الصلح هنا هو قبول شيء مختلف عن موضوع الالتزام وقيمته أقل . انظر محمد ص ٣٨٩/١ : «صالحه على ثوب . . . كذلك كل عرض . . . أو حيوان . . . ما خلا

للوفاء بها (٥٧) أو يقبل الحوالة على آخر بها (٥٨) .

الدنانير والدراهم » . والزيلعي ، جـ ٥ ، ص ٤٦ : « والمصالح عليه ... خلاف جنس الدين » .

(٥٦) قد تتشكل العملية فى صورة بيع . انظر محمد، ص ٢/٣٨٤ : « لو اشترى بحصته عبداً وقبضه كان جائزاً » . وص ١/٣٨٥ : « [لرجلين على رجل كر حنطة] لو كان باع حصته من الطعام بعشرة دراهم » . والقدورى ، فى الصلح ، ص ٦٧ : « اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة » .

أو فى صورة اجارة أشياء . محمد ، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل خمس مائة درهم فاستأجر أحدهما بحصته منها داراً من الغريم سنة وسكنها فهذا بمنزلة القبض » .

أو فى صورة اجارة أشخاص . محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته على خدمة عبد سنة أو خدمته شهراً وعلى أن يزرع أرضاً فى سنة فزرعها فهو جائز » .

أو فى صورة عقد نكاح . محمد ، ص ٣٨٥ ٢ : « اذا كان لرجلين على امرأة ألف درهم وزن سبعة فتزوجها أحدهما على حصته منها فهو جائز » .

أو فى صورة خلع . محمد ، ص ٣٨٥ / ٢ : « كذلك لو كان لامرأتين على زوج احداهما الف درهم فاختلعت امرأته بحصتها منه » .

(٥٧) كالكفالة . ابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ٣٧٥ . وبرهان الدين ، الذخيرة جـ ٢ ، ص ٥٨٠ / ٢ : « لو أن المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلا بحصته ... فللآخر أن يشاركه فيه » . والهندية ، جـ ٢ ، ص ٣٤٠ : « لو أن المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلا بحصته ... عن الذخيرة » .

أو الرهن . برهان الدين ، الذخيرة ، جـ ٢ ، ص ٥٨١ / ١ : « لو أن المطلوب أعطى أحدهما رهنا بحصته » . ورضى الدين ، خط ٦١٣ ، جـ ٦ ، ص ٢/٧٠ : « لو ارتهن أحدهما بحصته ... »

(٥٨) السرخسى ، جـ ٢١ ، ص ٣٨ : « قبل الحوالة بنصيبه على انسان كان صحيحاً » . وبرهان الدين ، الذخيرة ، جـ ٢ ، ص ٥٨٠ / ٢ : « لو أن المطلوب ...

وقد ينقضي الالتزام بالنسبة لحصة الدائن الواحد فقط جميعها (٥٩) أو بعضها (٦٠) بالمقاصة بينها وبين دين للمدين عليه (٦١) .

آحاله . . . » . والحصيرى ، جـ ٣ ، فى الشهادات ، الصفحة ٣٢ من هذا الكتاب : « لو . . . قبل الحوالة بنصيبه على إنسان كان صحيحا لما أنه يتصرف فى خالص نصيبه » . والهندية ، جـ ٢ ، ص ٣٤٠ : « احاله بذلك على رجل » .

وفى العتابى ، ص ٢/١٣٢ ، أنه يستطيع أيضاً تخصيص حصته فى حوالة الدين : « لو استقرضه إنسان فاحال بنصيبه على الغريم » . وقد تنتقل ملكية الحصة عن طريق الإقرار . انظر السندى ، جـ ١٢ ، ص ٤٧٤ / ٢ : « لو أقر بنصيبه من الدين لانسان صح إقراره وصار ملكا للمقر له » . والزيلعى ، جـ ٥ ، ص ٤٨ .

(٥٩) محمد ، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم إلى سنة وقد استقرض أحدهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل المال لهما عليه فصارت قصاصا » . وص ٣٨٥ / ١ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن بيع فأقر أحدهما أنه قد كان للمطلوب عليه خمس مائة درهم قبل دينهما فقد برىء المطلوب من حصته » . وص ٢/٣٨٥ : «لو كانت ألف درهم لهما عليه ثم باع أحدهما متاعا بخمس مائة إلى سنة ثم حلت فصارت قصاصا فهو قصاص» . وص ١/٣٨٥ : «أفسد له متاعا يكون قيمته خمس مائة فانه توى من حصته » . وص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فاغتصبه أحدهما خمس مائة فأ كلها والألف حالة فهى قصاص » .

(٦٠) الشرنبلالى ، غنية ، جـ ٢ ، ص٤٠٢ : « أو قاصصه [كذا فى الأصل] عن نصفه بدينه » .

(٦١) إذا مات المدين وكان أحد الدائنين وارثه هل ينقضى الالتزام فيما يتعلق بحصة الوارث باتحاد الذمة ؟ ليس هناك من شك فى أن الجواب بالنفى ، إذ أن الوارث لا يسأل عن ديون الميت . غير أن المسألة قد نظر فيها أبو يوسف . فقد جاء عنه فى غير ظاهر الرواية أن الوارث يتزاحم مع شريكه فى الدين فى حالة عدم وفاء التركة بالديون . وهذه الرواية وردت فى الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٧ :

ويتضح من ذلك أن لكل دائن حصته فى الدين .

٣٠٥ — ولكن هل يستطيع الدائن الواحد أن يمنح للمدين أجلا بالنسبة لحصته هو دون غيرها ؟ فى فقه (أبى يوسف) و (محمد)[٦٢] له

«وذكر على بن الجعد ، عن أبى يوسف ، أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين. رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والأجنبى سواء» . ونقلتها الهندية عن الكاسانى . انظر ج ٢ ، ص ٣٤١ .

(٦٢) هكذا فى محمد ، ص ٣٨٤ / ٢ — ٣٨٥ / ١ . وفى السرخسى : ج ٢١ ، ص ٣٧ . وفى الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦. غير أن المرغينانى ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ قد ذكر أن هـذا هو فقه أبى يوسف وحده . أما محمد فيكون عنده على رأى أبى حنيفة : « لو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف اعتباراً بالابراء المطلق ولا يصح عندهما » . ومن بعد المرغينانى ، يذكر دائما الفقهاء أن قول محمد يتفق مع قول أبى يوسف فى رواية ولايتفق فى أخرى . انظر الزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٧ : « لو أخر أحدهما نصيبه لم يجز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يجوز ، و محمد معه فى رواية ومع أبى حنيفة فى أخرى » . والبابرتى ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ — ٤٠٥ : « قال صاحب النهاية ، ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبى يوسف ، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبى حنيفة » . وقد نسب الشلبى ، ج ٥ ، ص ٤٧ ، هذا التردد فى معرفة رأى محمد ، إلى أن هذا الأخير قد أخذ بقول أبى يوسف ، فى كتاب الصلح (انظر الفقرة المذكورة فيما بعد ، حاشية رقم ٦٣ ، وهى منقولة عن المخطوط رقم ٢٠٠ قوله بدار الكتب) وأخذ بقول أبى حنيفة فى كتاب الشركة من نفس المؤلف : « قال الاتقانى : اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه

ذلك(٦٣) لما أنه يستطيع أن يبرىء المدين تماماً من حصته فهو بالأولى يستطيع أن يمنحه مجرد أجل (٦٤).

أما فى فقه (أبى حنيفة) (٦٥) فليس للدائن هذا الحق. وذلك لأن منح الأجل بالنسبة لحصة الواحد يتعدى أثره حتما إلى حصص الآخرين فيمنع

نظر لأن قول محمد مع أبى يوسف فى سائر الكتب لا مع أبى حنيفة. ثم قال بعد كلام طويل: فعلى هذا يكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتى الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح، ففى كتاب الشركة قول محمد مع أبى حنيفة. وفى كتاب الصلح مع ابى يوسف اهـ. قوله وكتاب الصلح أى من الأصل لمحمد رحمه الله وكتب ما نصه قال فى معراج الدراية ما ذكره الشيخ من الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط، والأسرار، والايضاح، وغيرها حيث ذكر فيها قول محمد مع أبى يوسف». أما فى غير ظاهر الرواية فان محمداً يقول بصحة الأجل كما ورد فى برهان الدين، الذخيرة، جـ ٢، ص ٢/٥٨٠. ولا يذكر برهان الدين لأبى يوسف رأيا فى المسألة: «فى شركة المنتق، ابن سماعة، عن محمد، رجلان لهما على رجل ألف درهم من ثمن عبد أو غير ذلك فأخر أحدهما حصته من ذلك لم يجز فى قول أبى حنيفة وجائز فى قول محمد».

(٦٣) محمد، ص ١/٣٨٥: «وقال أبو يوسف ومحمد... إذا أخر حصته فتأخيره جائز فى حصته».

(٦٤) السرخسى، جـ ٢١، ص ٣٧: «وجه قولهما أن المؤخر تصرف فى خالص نصيبه». والكاسانى، جـ ٦، ص ٦٦: «وجه قولهما أن نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابراء فالتأخير أولى لأنه دونه».

(٦٥) محمد، ص ٣٨٥ / ١: «قال أبوحنيفة إذا كان الدين بين رجلين فأخر أحدهما حصته لم يجز ذلك».

الدائن منه ولو انه دون الابراء (٦٦) . أما كيفية تأثر الحصص الأخرى من تأجيل الحصة الواحدة فستظهر لنا عند الكلام عن آثار التعدد فيما بين الدائنين .

على أنه قد يحدث فى الواقع أن يكون الدين بالنسبة لحصة الواحد مؤجلا بينما هو بالنسبة لحصة الآخر مستحقاً (٦٧) . وقد ينشأ الدين على هذه

---

(٦٦) السرخسى ، ج ٢١ ، ص ٣٨ : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصـــيبه ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض ويكون ما بقى مشتركا بينهما والباقى هو ما كان مؤجلا » . والحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٢ من هذا الكتاب : « ولا يمكن أن يجعل تأجيله مصادفا لنصيبه خاصة » . والزيلعى ، ج ٥ ، ص٤٨ : « فيه تفويت غرضه بمنعه عن وصول حقه له فى الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد » . وبذلك لا يكون الدائن الشريك قد حصل على حقه نهائياً إلا عند حلول الأجل .

(٦٧) ففى فقه أبي حنيفة نفسه يستطيع أحد الدائنين أن يمنح أجلا إذا رضى بذلك شريكه . انظر الشرنبلالى ، حاشية ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « وقال فى البرهان تأجيل نصيبه موقوف على رضى شريكه عند أبى حنيفة » .

وأيضاً فى حالة ما إذا أقر أحد الدائنين أن الدين نشأ مؤجلا بالنسبة للكل . ففى رأى أبى حنيفة يجعل هذا الاقرار حصة المقر مؤجلة وتبقى حصة الدائن الآخر حالة . انظر محمد ، ص ٣٨٥ / ١ : « قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين فى هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالا فان حصة الذى أقر بالأجل إلى ذلك الأجل وحصة الآخر حالة » .

وانظر أخيراً المسألة التى ذكرها العتابى ، ص ١٣٣ / ١ : « ان رده بعيب بقضا عاد الأجل على الغريم و [إن] كان بغير قضـا بقى نصيبه على الغريم حالا والنصف إلى أجل » .

الصورة من مبدأ الأمر (٦٨). فالمحظور إذاً هو التأجيل الصادر من أحد الدائنين رغم ارادة الباقين .

٣٠٦ — وبالفعل ليس لأحد الدائنين أن يمس حصة الآخرين ، لذلك ليس له أن يطالب بكل الدين (٦٩) .

ولكن يلاحظ هنا أنه تطبيقاً لأحكام الدعوى فى فقه (أبى يوسف) و (محمد) (٧٠) يستطيع أحد الدائنين أن يحصل وحده على حكم بجميع

---

(٦٨) اذ أن لأحد الدائنين أن يقر بأن حصته فى الدين نشأت مؤجلة . السرخسى ، جـ ٢١ ، ص ٣٩ : «أقر أحدهما أن نصيبه مؤجل » . صحيح أن لا تأثير لهذا الاقرار فى فقه أبى حنيفة . غير أن الأجل قد يثبت عن غير طريق الاقرار أو قد لا يكون محل انكار .

(٦٩) الحصيرى ، جـ ٣ ، فى الشهادات ، ص٣٧ من هذا الكتاب : « القاضى ... لا يأمره بدفع الكل ولا بالزيادة على النصف » . وابن قاضى سماوة ، جـ ١ ص ٥٠ ، س ٣ — ٥ : « دعوى الدين . برهن أن له ولفلان الغائب على هذا ألفاً فحكم له بنصفه فقدم الغائب فلا يأخذ من الغريم شيئا إلا أن يبرهن » .

(٧٠) قاضى خان ، جـ ٢ ، ص ٣٦٩ — ٣٧٠ : « لو ان رجلين لهما على رجل ألف درهم هما شريكان فيه والمديون يجحد الدين فحضر أحدهما فأقام البينة على دينهما والشريك الآخر غائب ، ذكر فى المنتقى أن على قول أبى حنيفة يقضى للحاضر بخمسمائة وإذا حضر الغائب كلف إعادة البينة ولا يجعل الحاضر خصما عن الغائب فى وجه من الوجوه ... وقال أبو يوسف أى الشريكين حضر فهو خصم عن الآخر ... وقال محمد القياس ما قال أبو حنيفة والاستحسان ما قال أبو يوسف » . ويقول ابن قاضى سماوة ، جـ ١ ، ص ٥٠ أن هناك كثيراً من التردد بشأن هذا الموضوع : « كان عن أبى حنيفة روايتان ... وكذا عن أبى يوسف ومحمد روايتان ان محمداً ذكر هذه المسائل فى

المبلغ [٧١] وعلى ذلك يكون الدائنون الآخرون قد استفادوا من الدعوى المرفوعة من شريكهم إذ أنهم لا يكلفون بعد ذلك باثبات حقهم. وهذا هو غاية مايترتب على صدور الحكم بجميع المبلغ. أما قبض مازاد على حصته خاصة فليس من حق الدائن المطالب [٧٢].

٣٠٧ — وبناء على ما تقدم إذا دفع المدين لأحد الدائنين جميع الدين فان وفاءه لا يكون صحيحاً فيما زاد على حصة الدائن القابض. وللدائنين الآخرين مطالبة المدين بأن يدفع اليهم ثانية ما دفعه من حصصهم [٧٣] على أن

المبسوط على نمط واحد ان عند أبي حنيفة الحكم للحاضر وعلى الحاضر يقتصر عليه». و ص ٥١ : «ذكر ... ما يدل على رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة، وذكر أن محمداً مع أبي حنيفة فى ظاهر الرواية»..«والحاصل ... محمد مع أبي يوسف». على أنه يستخلص من كل هذا التلجلج أن هناك اتجاها نحو قبول مبدأ الانابة فى جميع أحوال الديون المشتركة. وهذا الاتجاه يظهر منسوباً لأبي يوسف، فى صورة استحسان.

ويلاحظ أن هذه الاختلافات لا أثر لها إذا ما كان الأمر يتعلق بحال الورثة فان للوارث أن يحصل على حكم بجميع المبلغ على أن لا يقبض إلا نصيبه باتفاق الآراء. انظر قاضى خان، ص ٣٧٠ : «إلا أن يكون الألف ميراثا بينهما من شخص واحد». وابن قاضى سماوة، ج ١، ص ٥١ : «والحاصل أن أحد شريكى الدين خصم عن الآخر فى الارث وفاقا».

(٧١) ابن قاضى سماوة، ج ١، ص ٦١ : «قال أبو يوسف يقضى بنصيبهما».

(٧٢) ابن قاضى سماوة، ج ١، ص ٥١ : «فلا حاجة إلى إعادة البينة لو حضر». و الحصيرى : «للقاضى أن يقضى بخصومة الواحد إلا أن الحاضر لا يقبض ... إلا حقه».

(٧٣) الكاسانى، ج ٦، ص ٧٠، س ١٣ — ١٥ : «من استوفى كل الدين

يكون لهذا المدين حق الرجوع على القابض بما دفعه اليه زائداً على حقه(٧٤).

المطلب الثانى – آثار التعدد فيما بين الدائنين

٣٠٨ – تنحصر علاقات الدائنين فيما بينهم فى أن لكل منهم أن يرجع على القابض متى قبض ، وهو كما علمنا لا يقبض إلا قدر حصته . وسنتكلم هنا عن حق الرجوع هذا : أحواله وموضوعه وطرفيه ، ثم عن آثاره ونتائجه البعيدة ونتبع هذا بكلمة فى تعليل هذا الحق .

١ – احوال الرجوع

٣٠٩ – يرجع الدائنون على الدائن الموفى له ، فيقتسمون معه ما

المشترك بغير إذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته » .

(٧٤) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٠ . الموضع المشار اليه : « ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لأنه إنما سلم اليه ليملك ما فى ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع » . والحصيرى ، ج ٥ ، كتاب الشركة : « لو قبض أحد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم ان الآخر رجع بحصته على الغريم كان للغريم أن يرجع بذلك على القابض » .

وقد يرجع عليه أيضاً شريكه فى الدين . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٠، س ١٦ : « ان أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه » . وكثيراً ما افترضت النصوص هذه الحالة . انظر العتابى ، ص ١/١٣٣ : « لو اشترى من الغريم بجميع الدين صار مستوفيا كله وضمن النصف لشريكه » .

أخذه (٧٥) ولو كان لم يأخذ إلا بعض حقه (٧٦) .

على أنه يشترط دائماً أن يحصل وفاء أو ما يقوم مقام الوفاء بحيث تكون ذمة الدائن المالية قد دخلتها زيادة (٧٧).

ولذلك لا يكون هنـاك رجوع إذا كان الدائن قد أبرأ المدين أو وهبه نصيبه (٧٨) . وإذا كان الابراء جزئياً يقسم المبلغ المقبوض وفقاً للنسـبة

---

(٧٥) المرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : «إذا قبض أحدهما شيئا فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٦ : « قبض أحدهما نصيبه ... فللآخر أن يشركه ، عن السراج الوهاج » .

(٧٦) القدورى ، ص ٦٧ : « إذا استوفى [أحدهما] نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض» . والمرغيناني . البداية ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ ، نفس هذا النص . والهندية ، ج ٢ ، ص٣٣٦ : « قبض أحدهما نصيبه أو بعضه ، فللآخر أن يشركه ، عن السراج الوهاج » .

(٧٧) الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « إذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى » . « من شرط وجوب الضمان عليه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة » . ما لا يقبل القسمة هنا هو ما لا يعتبر مالا . انظر السرخسى ، ج ٢١ ، ص ٤٢ : «وليس بمال متقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل الشركة » . وص ٤٠ : « مستوفياً شيئا مضمونا أو شيئا قابلا للشركة » . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٧٠ : « إذا لم يحصل له عين مال ينتفع به صـار وجود ما سلم له وعدمه سواء» . وص ١/٧٠: «مال عين [أو] عين له حكم المال» .

(٧٨) محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل الف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب أو أبرأه منها أو حلله لم يكن لشريكه عليه ضمان فى ذلك» . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٦٩ : « لو وهب أحدهما نصيبه من الغريم أو أبرأه منه لم يضمن لشريكه شيئا لأن الابراء إسقاط وليس بقبض لنصيبه » . والكاساني ،

الجديدة بين الحصص (٧٩).

٣١٠ — أما إذا كان المدين قد أوفى بمقابل لا بمحل الالتزام نفسه فان الرجوع لا يجوز إلا إذا كان ما حصل عليه الدائن ذا قيمة مالية، كما لو اتخذ الوفاء بمقابل صورة عقد البيع(٨٠) أوعقد الاجارة سواء منها إجارة الأشياء

جـ ٦، ص ٦٦ : « ولا يضمن لشريكه شيئا لأنه لم يقبض شيئا من الدين بل أتلف حصته لا غير ». والمرغيناني، جـ ٧، ص ٤٠٤.

على أن العتابي قد ذكر أن أبا يوسف يقول هنا بالرجوع. انظر ص ٢/١٣٢ : « لو أبرأه أحدهما من نصيبه جاز وضمن لشريكه عند أبي يوسف ». ولكن هذا القول يتنافى مع قواعد ثابتة ولا أثر له عند جمهور الفقهاء.

(٧٩) محمد، ص ٣٨٥ / ١ : « لو صالحه على مائة درهم على ابراه عما بقى من حصته بعد قبض المائة أو قبل قبضها كان جائزا ولشريكه ان يرجع عليه بخمسة اسداس المائة من قبل أن له على المطلوب خمس مائة وليس لشريكه إلا مائة ». ورضى الدين. جـ ٦، ص ٢/٩٦ : « لو ابرأه أحدهما عن مائة والدين الف ثم خرج شيء من الدين اقتسماه بينهما على قدر حقهما على الغريم وذلك تسعة للساكت خمسة وللمبرىء أربعة لأن الحق عاد إلى هذا القدر، وكذلك ان ابرأه بعد القبض قبل القسمة». والعتابي، ص ٢/١٣٢. والكاساني، جـ ٦، ص ٦٦. والمرغيناني، جـ ٧، ص ٤٠٤.

(٨٠) محمد، ص ٢/٣٨٤ : « قال ابو يوسف ومحمد، لو اشترى بحصته عبدا وقبضه كان جائزا وكان لشريكه عليه مايتا درهم وخمسون درهما». وص ١/٣٨٥ : « [لرجلين على رجل كر حنطة قرض] لو كان باع حصته من الطعام بعشرة دراهم كان لشريكه أن يضمنه ربع الكر». والسرخسي، جـ ٢١، ص ٤١ : « فيصير هو بطريق البيع كالمستوفى بجميع نصيبه لشريكه نصفه ». والقدوري، ص ٦٧ : « إذا اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين ».

أو الأشخاص (٨١) .

---

(٨١) محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل خمس مائة درهم فاستأجر احدهما بحصته منها دارا من الغريم سنة وسكنها فهذا بمنزلة القبض وعليه خمسون ومايتا درهم لصاحبه » . « من حصته على ... خدمته شهرا وعلى أن يزرع أرضا فى سنة فزرعها فهو جائز وهذا بمنزلة القبض يضمن لشريكه ... لأن هذا منفعة ولا يشبه القصاص والنكاح » . والسرخسى ، ج ٢١ ، ص ٤٣ : « استأجر بنصيبه عبدا للخدمة أو أرضا للزراعة» . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ١/٧١ : « لو استأجر احدهما بنصيبه داراً فلشريكه أن يأخذ ربع الدين » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « لو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه فى قولهم جميعا لأن الأجرة فى مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبه البيع» . والمرغينانى؛ ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « الاستئجار بنصيبه قبض » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٩ : « استأجر ... بنصيبه ... يرجع عليه فى قولهم ، عن السراج الوهاج » .

وفى غير ظاهر الرواية أن محمداً قال بغيرهذا لأن المقابل فى عقد الاجارة ليس بمال عنده فلا يكون الرجوع ممكنا . انظر السرخسى ، ج ٢١ ؛ ص ٤٣ : « روى ابن سماعة عن محمد أنه قال ... إذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشىء . وجعل هذا بمنزلة النكاح لأن المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه » . والعتابى ، ص ٢/١٣٢ : « لم يضمن لشريكه عند محمد » . والحصيرى ، ج ٥ ، فى الشركة : « ابن سماعة عن محمد فى رجلين لهما على امرأة الف درهم ثم ان أحدهما تزوجها على حصته منها أو استأجرها أو استأجر منها شيئا فان شريكه لا يشركه فى شىء » . على أن هذا الرأى لم يسد . انظر السرخسى ؛ ج ٢١ ، ص ٤٣ : « المنافع مال فى حكم العقد وهى بالاستيفاء تدخل فى ضمان المستأجر بمنزلة المشترى» . والكاسانى، ج ٦ ، ص ٦٧ : « الذى سلم له وهو المنفعة قابل للشركة» . «والأجرة فى مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبه البيع » . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها » .

ولذلك لا يصح الرجوع إذا اتخذ الوفاء بمقابل صورة عقد النكاح (٨٢) أو الخلع (٨٣) أو الصلح عن جناية (٨٤).

٣١١ — ولما كان الدائن فى حالة الصلح يقبض ما هو دون المطلوب

---

(٨٢) محمد، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على امرأة الف درهم وزن سبعة فتزوجها أحدهما على حصته منها فهو جائز ولا يرجع صاحبه عليه بشىء لأنه لم يقبض شيئا ». والسرخسى، ج ٢١، ص ٤٢ : « لأنه لم يقبض بحصته شيئا مضمونا يقبل الشركة . . . ليس بمال متقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل الشركة ». والكاسانى، ج ٦، ص ٦٧ : « ان من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو ابرأها من نصيبه». والمرغينانى، ج ٧، ص ٤٠٦ : «التزوج به اتلاف». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٧. والشرنبلالى، ج ٢، ص ٤٠٢.

(٨٣) محمد، ص ٢/٣٨٥ : « وكذلك لو كان لامرأتين على زوج احداهما الف درهم فاختلعت امرأته بحصتها منه فان شريكها لا يرجع عليها بشىء لأنها لم تقبض شيئا ». والسرخسى، ج ٢١، ص ٤٣.

(٨٤) محمد، ص ٢/٣٨٥ : « لو صالح من جرح عمد فيه قصاص على نصيبه منه كان جائزا ولا يكون هذا بمنزلة القبض لأنه لم يقبض شيئا وهذا بمنزلة النكاح ولا [رجوع] لشريكه عليه ». والسرخسى، ج ٢١، ص ٤٠. والكاسانى، ج ٦، ص ٦٧ : «روى بشر عن أبى يوسف أن أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شىء لشريكه لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لأن الصلح عن جناية عمد ليس فى مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شىء ». والمرغينانى، ج ٧، ص ٤٠٦ : « وكذا [أى يعتبر اتلافا] الصلح عليه من جناية العمد ». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٧ : « لأنه لم يملك شيئا قابلا للشركة بمقابلته ».

قيمة فان المقبوض الا لمطلوب يكون محلا لرجوع من يرجع من الدائنين(٨٥). فللدائن الشريك اذاً حق الرجوع على القابض كذلك فى حالة الصلح، ولكن برجوعه هذا يعتبر مقراً للصلح(٨٦). ولذلك تسرى عليه شروطه فتنخفض حصته بنسبة انخفاض حصة القابض ويكون قد اشترك فى التبرع(٨٧).

---

(٨٥) محمد، ص ٣٨٤ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم ... فصالحه أحدهما من حصته على عبد ... تدفع اليه نصف العبد فان قبله كان بينكما نصفين ... وان لم يقبل فلا شيء له غير ذلك » . وص ١/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل كر حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم ... دفع اليه خمسة دراهم » . « اذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد ... لو كان صالح منه على كر شعير وقبضه كان جائزاً ... ولشريكه أن يشركه فأخذ منه نصف الكر الشعير » . وص ١/٣٨٩ : « إن صالحه على ثوب ... دفع نصف الثوب إلى شريكه ... وكذلك كل عرض صالحه عليه أو حيوان » . « أدخله معه فيما قبض وان أبى ذلك الآخر لم يكن له شيء » . وص ١/٣٨٩ — ص ٢/٣٨٩ : « إذا اغتصب رجل رجلين طعاماً بينهما فغيبه عنهما ثم صالح أحدهما ... أدخله فيما قبض» . والقدورى، ص ٦٧ : «اذا صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه ... إن شاء أخذ نصف الثوب» . والعتابى، ص٢/١٣٢ : «ان صالح الغريم عن نصيبه ... أعطاه نصف المقبوض » . والمرغينانى، بداية، جـ ٧، ص ٤٠١ — ٤٠٢ : « اذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب ... أخذ نصف الثوب » .

(٨٦) السرخسى، جـ ٢١، ص ٤١ : « مشاركته لاتكون الا بعد رضاه بقبضه» . وقاضى زاده، نتائج، جـ ٧، ص ٤٠٣ : « أخذه النصف دلالة على اجازة العقد » .

(٨٧) السرخسى، جـ ٢١، ص ٤١ : « إن مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فمن حجة المصالح ... أن يقول انما توصلت إلى نصيبى لأنى تجوزت

ويلاحظ مع ذلك أن للقابض أن يختار الاحتفاظ بالمقبوض له وحده ويكون فى هذه الحالة للشركاء حق الرجوع بنصيبهم كاملا غير منقوص أى بنصيبهم فى المبلغ المطلوب لا فى الشىء المقبوض وهو دونه قيمة (٨٨) .

٣١٢ — هذا فيما يتعلق بالوفاء بعين الشىء أو بمقابل وأحوال التبرع .

بدون حق فان أردت أن تشاركنى بما تجوزت به لأدفع اليك نصف ماقبضت » . ومنلا خسرو ، درر، جـ ٢ ، ص٤٠٢ : «إذا ألزمناه دفع ربع الدين تضرر به المصالح لأنه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه» .

(٨٨) محمد ، ص٣٨٤/٢ : «ان شئت أن تدفع اليه ماتى درهم وخمسين درهما فعلت ويسلم لك العبد » . وص٣٨٥/١ : « إذا كان لرجلين على رجل كر حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم . . . فان شاء دفع الى شريكه ربع كر» . «اذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد . . . لو كان صالح منه على كر شعير وقبضه كان جائزاً . . . ولشريكه أن يشركه فأخذ منه نصف الكر الشعير إلا أن يعطيه ربع كر حنطة جيد » . وص٣٨٩/ ١ : « اذا اغتصب رجل عبداً بين اثنين . . . ثم صالح أحدهما من نصيبه على . . . ثوب ان شاء أعطاه ربع قيمة العبد» . وص٣٨٩/١— ٣٨٩/٢ : «إذا اغتصب رجل رجلين طعاماً . . ان شاء أدخله فيما قبض وان شاء أعطاه ربع الكر الغصب» . والقدورى ، ص٦٧ : «ان شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين » . والعتابى ، ص١٣٢/٢ : « ان صالح الغريم عن نصيبه . . . رجع عليه بنصفه وان شاء أعطاه نصف المقبوض أو نصيبه من الدين» . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٦ : « له أن يقول أنا أعطيك نصف حقك من الدين لأنه لاحق لك فيما زاد على ذلك » .

وفى رأى منسوب لزفر ، للدائن الشريك أن يطالب فى جميع الأحوال بحصته فى المبلغ المطلوب كاملة فهو لايشترك إذاً فى التبرع . انظر الشلبى ، جـ ٥ ، ص ٤٦ : « وعند زفر يلزمه أن يؤدى اليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لأنه صار به قابضاً » .

ولكن الدين قد ينقضى كذلك بالمقاصة ، فما الحكم ؟ وفقاً للمبدأ الذى وضعناه من وجوب دخول زيادة فى ذمة الدائن المالية ، نجد أنه لا رجوع إلا إذا كان دين المدين على الدائن قد نشأ بعد الدين المشترك(٨٩) . ذلك أن الدائن

(٨٩) وقد ينشأ عن عقد بيع . محمد، ص ٢/٣٨٥ : « لو كانت ألف درهم لهما عليه ثم باع أحدهما متاعا بخمس مائة الى سنة ثم حلت فصارت قصاصاً فهو قصاص وهو ضامن لمائتى درهم وخمسين درهما لشريكه لأنه صار مقبضها أولا وليس بقاض » .

أو عن عقد قرض . الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٧ : « إذا . . . اقترض [أحد الطالبين] منه [أى من المطلوب] شيئاً بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لأن قدر القرض . . . صار قصاصاً بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه » . وابن البزاز ، جـ ٦ ، ص ٣٤ : « لو استقرض أحدهما أو اشترى بعد ثبوت الدين لهما يشاركه الآخر » .

أو عن عقد اجارة . السرخسى ، جـ ٢١ ، ص ٤٣ : « اذا استأجر أحدهما بخمسمائة ثم أصاب قصاصاً بنصيبه » . ورضى الدين ، جـ ٦ ، ص ٢/٧١ : « لو . . . استأجر بخمسمائة مرسلة فلشريكه ان يأخذ منه نصف حقه » . والعتابى ، ص ٢/١٣٢ : « لو اطلق . . الاجارة بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه استوفى بالمقاصة » . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٧ : « واستأجر الغريم بخمسمائة مرسلة » . والحصيرى ، جـ ٥ ، فى الشركة : « لو . . . استأجر منها داراً ثم جعل تلك الخمس مائة قصاصا فان صاحبه يشاركه » .

أو عن صلح عن جناية . الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٧ : « وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرىء من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة » .

أو عن عقد نكاح . محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « لو كان تزوجها الأول على خمسمائة درهم

لا يكون قد حصل على شيء إذا كان ما للمدين عليه أسبق فى التاريخ مما له على

ثم قاصها بحصته من الألف أو لم يقاصها كان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهماً » . والسرخسى ، ج ٢١ ، ص ٤٣ : « لأنه صار مستوفياً نصيبه بطريق المقاصة » . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٧١ : « لو تزوجها على خمس مائة مرسلة ... فلشريكه أن يأخذ منه نصف حقه ... فقد وجب لها على الزوج بالنكاح مثل ماله عليها فالتقيا قصاصاً فصار الزوج مقبضيا نصيبه من الدين » . والعتابى ، ص ٢/١٣٢ : « لو أطلق النكاح ... بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه استوفى بالمقاصة » . والكاسانى ج ٦ ، ص ٦٧ . والزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٧ .

وفى غير ظاهر الرواية يكون هناك ايضاً مقاصة لا وفاء بمقابل لو ذكر بالعقد ان المهر هو نصيب الدائن ولم يذكر مبلغ معين . انظر السرخسى ، ج ٢١ ، ص ٤٢ : « روى بشر عن أبى يوسف ان للآخر ان يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لأن النكاح انما ينعقد بمثل تلك الخمسمائة . . . ويكون مالا متقوماً ثم يصير الزوج مستوفيا لنصيبه من الدين بطريق المقاصة لأن آخر الدينين دين المرأة فتصير هى قاضية به نصيب الزوج من الدين » . والعتابى ، ص ٢/١٣٢ : « لم يضمن لشريكه عند محمد خلاف ابى يوسف » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « روى بشر عن أبى يوسف ان لشريكه أن يرجع . . . وروى بشر عنه أيضا أنه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبى يوسف . وجه الرواية الأولى أن النكاح أوجب المهر فى ذمته وله فى ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه » . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « قوله فى ظاهر الرواية احتراز عما روى بشر عن أبى يوسف ... وان كان به لفظاً لكن بمثله معنى فصار كتزوجها بخمسمائة » . وقد أجابوا أن العقد لم ينشىء فى هذه الحالة حقا شخصيا تقع بينه وبين حصة الزوج المقاصة بل ان حصة الزوج قد انتقلت ملكيتها للمدينة على سبيل المهر . انظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٧١ : « ان النكاح متى أضيف إلى دين فى ذمتها تعلق بعين الدين المضاف اليه فصار ذلك الدين ملكا لها بالنكاح فسقط عنها فلم يصر الزوج مقتضيا للدين » . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « لأن النكاح متى أضيف إلى دين فى الذمة يتعلق بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح . . . فكان

المدين ، فهو معتبر فى هذه الحالة موفياً بما للمدين عليه لا مستوفياً (٩٠) .

وكذلك لا يكون الدائن قد حصل على شيء إذا كان دين المدين قد نشأ عن عقد تبرع كالكفالة فلا رجوع فى هذه الحالة(٩١). كما لا رجوع أخيراً

بمنزلة الهبة والابراء » . والزيلعى، ج ٥ ؛ ص٤٧ . والشرنبلالى ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « والصحيح الأول » .

(٩٠) محمد ، ص ٢/٣٧٥ : « إذا كان لرجلين على رجل الف درهم إلى سنة وقد استقرض أحدهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل المـــال لهما عليه فصارت قصاصا فان شريكه لا يرجع عليه بشيء لأنه لم يقبض شيئا إنما قضى الذى عليه » . وأيضاً فى حالة الدين الناشيء عن جريمة : « إذا أفسد شيئا قبل أن يكون لهما عليه دين فاقبض منه حصته فانما قضا ولم يقبض » . والكاسانى ، ج ٦ ؛ ص ٦٧ : « لو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ماعليه قصاصا بما لأحد الطالبين فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه لأنه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه » . والمرغينانى ؛ ج ٧ ، ص ٤٠٤ .

ذلك أن تحليل المقاصة فى الشريعة قائم على أنها وفاء دين بدين لا وفاء دينين فى آن واحد . فاذا ما وجد دينان فى وقت واحد وتوفرت شروط المقاصة ينقضى الالتزام السابق فى التاريخ . أما الالتزام اللاحق فهو الاداة التى تم بواسطتها الوفاء . فلا يستطيع الدائن السابق أن يطالب بشيء بعد المقاصة لأن المفروض فيه انه قد حصل وفاء بين يديه ولا يستطيع الدائن اللاحق أن يطالب بشيء لأن المفروض أنه قد تنازل عن حقه . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « الاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه» . والسرخسى ؛ ج ٢١ ، ص٤٠ : «إن آخر الدينين قضاء من أولها لأن القضاء لا يسبق الوجوب » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « الأصل فى الدينين إذا التقيا قصاصا أن يصير الأول مقضيا بالثانى لأنه كان واجب القضاء قبل الثانى » .

(٩١) برهان الدين . الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٢/٥٨٠ : « وفيه [أى فى شركة

لو كانت المقاصة قد سببها دين نشأ عن جريمة وقعت على النفس (٩٢) او على المال (٩٣) ولولم تكن مسؤولية الدائن عن هذه الجريمة الا نتيجة تحمل

المنتقى] ابن سماعة عن أبي يوسف فى الامالى . . . وكذلك لوضمن احد للطالبين للمطلوب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا فلا شيء لشريكه عليه فان قبض من المكفول عنه ذلك لثالث [؟] لم يكن لشريكه أيضاً أن يشاركه فى ذلك » . والهندية ، جـ ٢ ، ص ٣٤٠ : « فى المنتقى ؛ عن أبي يوسف ، لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا به ولا شيء لشريكه عليه فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه فى ذلك كذا فى المحيط » .

(٩٢) محمد ، ص ١/٣٨٥ : « [لا رجوع] لو جنى عليه جناية عمدا دون النفس يكون ارشها خمسمائة » . والسرخسى ، جـ ٢١ ، ص ٤٠ . ورضى الدين ، جـ ٦ ، ص ١/٧٠ : « لو جنى عليه جناية يكون ارشها خمس مائة لا يكون لشريكه شيء لأنه وجب للمطلوب على الجانى مثل ما عليه فالتقيا قصاصا فبرىء المطلوب عن حصة الجـــانى ولا شيء لشريكه عليه لان الجانى وان صار مقتضيا نصيبه من الدين لانه صاحب أول الدينين إلا أنه لم يستفد بهذا الاقتضاء مال عين ولا عين له حكم المال إنما ملك ارشا واجب [؟] دينا فى ذمة المطلوب » . وابن البزاز ، جـ ٦ ، ص ٣٤ : « لو ... جنى عليه جناية موجبة للارش حتى سقط الدين لم يكن لشريكه الرجوع » .

(٩٣) محمد ، ص ١/٣٨٥ : « [لا رجوع لو] أفسد له متاعا يكون قيمته خمس مائة فانه توى من حصته ولا يضمن لشريكه شيئا لانه لم يقبض » . « متاعا أحرقه بالنار لم ينتفع منه بشيء » . والسرخسى ، جـ ٢١ ، ص ٤٠ : « قال أبو يوسف لا يرجع عليه بشيء لانه متلف لنصيبه بما صنع لا قابض والاحراق اتلاف فيكون هذا نظير الجناية » . وبرهان الدين ، الذخيرة ، جـ ٢ ، ص ٢/٥٨٠ : « فى شركة المنتقى . . . ابن سماعة عن أبي يوسف ، فى الامالى ، رجلان لهما على رجل الف درهم فأفسد أحد الرجلين على المطلوب متاعا . . . فليس لشريكه أن يرجع

التبعة (٩٤) .

ولكن يلاحظ هنا أن الرجوع يصبح جائزاً وفقاً لنفس المبدأ إذا كان

عليه بشيء » . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٧٠ / ١ : « لو اتلف عليه متاعا بأن رمى بالنار على ثوبه لايرجع شريكه عليه بشيء في رواية ابى سليمان » . وهذه هي الرواية التي نقلناها عن المخطوط رقم ٢٠٠ . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٧ : « لو احرق أحدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند ابى يوسف . . . لأن الضمان حصل بالقبض فيستند اليه . . . بخلاف ما إذا احرقه في يد مالكه من غير قبض » . وابن نجيم ، البحر ، ج ٧ ، ص ٢٦٠ : « إتلاف أحدهما متاع المطلوب » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٩ .

وقدجاء في الرواية الثانية للمبسوط ، أن محمداً يقول هنا بجواز الرجوع . فيكون بذلك قد أخذ بالنتيجة المنطقية لمبدأ انتقال الملك بالتضمين وهو مبدأ لا شك فيه . انظر السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤٠ : « في قول محمد : لأنه بالاحراق صار قابضاً متلفا للمال ويكون ذلك مضمونا فيكون كالغصب » . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص٧٠/١ : « وفي رواية ابى حفص ، أن عند . . . محمد يرجع عليه بربع الدين » . والمرغيناني ، ج ٧ ، ص٤٠٦ : «وكذا [أي يعتبر قبضا] الاحراق عند محمد ، خلافا لأبي يوسف » . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٧ : « وعند محمد ، هو قبض . . . وجب عليه الضمان فصار دينا فالتقيا قصاصا » . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « صورة المسألة . . . ما إذا رمى بالنار على ثوب المديون فأحرقه وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك أن يتبع المحرق بالاجماع لأنه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب » . وابن البزاز ، ج ٤ ، ص ٣٤ .

(٩٤) العتابي ، ص ٢/١٣٢ : « لو غصب أحدهما من الغريم عبدا فذهب عينه ثم رده . . . ولم يضمن لشريكه » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٨ : « لو ذهبت إحدى عيني العبد بآفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشيء لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئا

التضمين فى الجرائم التى تقع على المال قد أدى إلى انتقال هذا المال من ذمة المدين إلى ذمة الدائن (٩٥).

بخلاف نفس العبد لأنه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه». «لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه ... لو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة». «وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بآفة سماوية». والهندية، ج ٢، ص ٣٣٩: «لو ذهبت إحدى العينين بآفة سماوية فى ضمان الغصب أو فى يد المشترى بشراء فاسد أو فى يد المرتهن لم يضمن. كذا فى الظهيرية».

(٩٥) محمد، ص ٢/٣٨٥: «إذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاغتصبه أحدهما خمسمائة فأكلها والالف حالة فهى قصاص ويرجع شريكه بمائتين وخمسين». والكاسانى، ج ٦، ص ٦٧: «إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه ... فلشريكه أن يرجع عليه». والسرخسى، ج ٢١، ص ٤٠: «لو غصب أحد الشريكين من المديون ما يساوى خمسمائة فهلك فى يده فللآخر أن يرجع عليه بمائتين وخمسين لأنه صار قابضاً بنصيبه مالا مضمونا وضمان الغصب يوجب الملك فى المضمون فكأنه استوفى نصيبه». «لان المديون يكون قابضاً لنصيبه بطريق المقاصة لان دينه يكون آخر الدينين». والكاسانى، ج ٦، ص ٦٧ — ٦٨: «لو غصب أحد الشريكين من المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه أن يضمنه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد». والمرغينانى، ج ٧، ص ٤٠٤. والزيلعى، ج ٥، ص ٤٧.

وانظر رضى الدين، ج ٦، ص ٢/٧٠: «وكذلك لو قبض شراء فاسداً فباعه أو اعتقه أو هلك عبده». والمرغينانى، ج ٧، ص ٤٠٤: «أو اشتراه شراء فاسدا وهلك فى يده فهو قبض». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٧.

وانظر فى حالة الرهن: رضى الدين، ج ٦، ص ٢/٧٠: «لو ارتهن أحدهما بحصته فهلك عنده فلشريكه أن يضمنه لان الرهن استيفاء حكما». والعتابى، ص

٢ — موضوع حق الرجوع

٣١٣ — موضوع الرجوع حصة نسبية فى المبلغ المقبوض. والرجوع ينصب على عين القطع التى تسلمها الدائن فلا يستطيع الدائن القابض إبراء ذمته باعطاء قطع أخرى من النقد ولو كانت مماثلة للقطع المقبوضة (٩٦). وكذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب القابض إلا بنصيبه فى عين القطع المقبوضة لا بغيرها (٩٧).

٢/١٣٢ : « وكذا لو ارتهن أحدهما بصيبه وهلك ». والكاسانى ، ج ٦ ، ص٦٧ : « لو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لان قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ».

(٩٦) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٢ / ٢ : « كان له حق الشركة فيه بعينه ». ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٨ / ٢ : « كل دين مشترك بين رجلين فاذا قبض أحدهما شيئا منه فللآخر أن يشاركه فى المقبوض بعينه ». والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٥ : « كان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا اعطيك مثل نصف الدين ». والحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص٣٦ من هذا الكتاب : « ان اختار المشاركة مع القابض يأخذ منه نصف ذلك بعينه وليس للقابض ان يعطيه مثلها ولا ان يعطيه مثل ما لهما على المديون ».

وتظهر اهمية المسألة إذا لوحظ ان المدين يستطيع فى التشريع الاسلامى ابراء ذمته بتسليم شيء من صنف اردأ أو اجود ما دام هذا الشيء والشيء المتفق عليه ينتميان إلى جنس واحد. ولا يغب عن الذهن ما كان عليه النظام النقدى فى البلاد التى نشأ فيها هذا التشريع ، من التعقد.

(٩٧) الحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٦ : « ولا للساكت ان يطالبه بمثل الدين ويترك المقبوض عليه ». والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٦ : « وكذلك لو

٣١٤ — وقد رأينا أنه فى حالة الصلح يكون موضوع الرجوع نصيباً فى الشىء المقبوض. ولكن كما قلنا يستطيع القابض أن يتخلص من قسمة الشىء المصالح به، وذلك بأن يدفع للدائن الشريك حصته النسبية فى المبلغ. وفى هذه الحالة الأخيرة لا يكون موضوع الرجوع قطعاً بعينها (٩٨) كما لا يكون موضوع الرجوع قطعاً بعينها فى حالتى المقاصة(٩٩) والوفاء بمقابل (١٠٠).

ويلاحظ أنه فى حالة الوفاء بمقابل لا يتناول الرجوع بأى حال من الأحوال الشىء المعطى كمقابل، ذلك ان هذا الشىء يظل مملوكا للقابض وحده(١٠١). ومن

أراد الساكت ان يأخذ من القابض مثلها لا يكون له ذلك إلا برضى القابض، كذا فى الذخيرة».

ولا مانع من التراضى على تسليم نقود مماثلة. انظر الحصيرى: «إلا بالتراضى». والهندية، فى الموضع المشار اليه.

(٩٨) رضى الدين، ج ٦، ص ١/٧١: «المصالح بالخيار ان شاء اعطاه مثل نصف حقه».

(٩٩) محمد، ص ٢/٣٨٥: «لو كانت الف درهم لهما عليه ثم باع أحدهما متاعاً بخمس مائة إلى سنة ثم حلت فصارت قصاصا فهو قصاص وهو ضامن لمائتى درهم وخمسين درهما لشريكه».

(١٠٠) محمد، ص ٢/٣٨٤: «لو اشترى بحصته عبداً وقبضه كان جائزا وكان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهما».

(١٠١) رضى الدين، ج ٦، ص ١/٧١: «لا سبيل له على الثوب». والكاسانى، ج ٦، ص ٦٦: «انه إنما اشترى الثوب بثمن فى ذمة الغريم لا بما له فى ذمة الغريم... فصار ما فى ذمته قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل». والمرغينانى، ج ٧، ص ٤٠٣: «لا سبيل للشريك على الثوب فى البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين».

جهة أخرى لا يستطيع الدائن القابض نفسه فرض حصة من هذا المقابل على شريكه بدلا من نصـــيبه فى الدين ، بخلاف الدائن المصالح إذ أن الدائن المصالح قد قبل ما هو دون حقه تجوزاً وتبرعاً (١٠٢) .

على أنه لا مانع يمنع دون الاتفاق فيما بين القابض وشريكه على اقتسام الشيء المعطى كمقابل للوفاء (١٠٣) .

٣١٥ — ويصبح موضوع حق الرجوع مبلغـــاً مماثلا فقط للمبلغ المقبوض إذا تصرف القابض فيما قبض بان دفعه قضاء عن دين أو باعه أو وهبه أو أقرضه (١٠٤).

والبابرتى ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ : « والبيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشترى والاضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا تنافى ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين فى العقود » .

على ان العتابى قد ذكر رأيا مخالفاً . انظر ص ٢/١٣٢ : « لو اشترى أحدهما من الغريم شيئا بنصيبه فان شاء الآخر يشاركه فيما اشترى » .

(١٠٢) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٧١ / ١ : « بخلاف الشرى لان مبناه على المماكسة فالظاهر أنه بالشرى استوفى نصف الدين بكماله بالمقاصة » .

(١٠٣) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ١/٧١ : « إلا أن يجتمعا على الشركة فى الثوب فيصير كأنه باع منه نصف الثوب » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « فان اجتمعا جميعا على الشركة فى الثوب فهو جائز . . . صار كأنه باع نصف الثوب منه » .

(١٠٤) الجصاص ، ج ٣ ، ص ١/٣٨٣ : « ان قضاها شريكه رجلا من دين كان له عليه أو وهبها لرجل وقبضها . . . يرجع على شريكه بمثل نصف ما قبض » ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٩ / ٢ : « يضمن القابض مثل نصفه » . والعتابى . ص٢/١٣٢ : « لو قبض أحدهما نصيبه واقرضه غيره لم يشارك الآخر المستقرض وفى الوكالة أنه له أن يضمن الشريك القابض نصفه » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص٦٦: « فان اخرجه القابض عن يده بأن وهبه أو باعه أو قضى دينا عليه . . . فلشريكه أن يضمنه نصف ما قبض » .

وكذلك الحال لو انه استهلكه (١٠٥) .

٣ — طرفا الرجوع

٣١٦ — الرجوع حق لكل دائن شريك . إلا أنه ليس للدائن الذى دفع لشريكه حصته قضاء عن المدين الرجوع على هذا الشريك(١٠٦). وذلك طبيعى إذ لا يعقل أن يدفع ثم يرجع بما دفع . وقد نصوا كذلك على أنه ليس للدائن الذى وصل اليه حقه أن يرجع على شريكه ولو أن الوفاء قد تم لهذا الأخير من صنف أجود (١٠٧). فان حق الرجوع يكون للدائن الذى لم

(١٠٥) العتابى ، ص ٢/١٣٢ : « وان استهلك ما قبض لشريكه نصفه » . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص٦٦ : « استهلك بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمنه نصف ما قبض لانه اتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه » .

وإذا كان الهلاك بقوة قاهرة فالرجوع على ما يظهر غير جائز . انظر الحصيرى ، جـ ٣ ، فى الشهادات ، ص ٢٧ منها : « لو هلك فى يده قبل المشاركة كان الهلاك على القابض » . والهندية ، جـ ٢ ، ص ٣٣٧ : « ان هلك ما قبض الشريك فلا ضمان عليه ويكون مستوفيا وما بقى على الغريم لشريكه . كذا فى القنية » .

(١٠٦) الجصاص ، جـ ٣ ، ص ١/٣٨١ : « قال محمد ... قضى شريكه نصيبه ... صح القضا وان توى ما على الغريم لم يرجع على شريكه بشىء .... » « ولم يكن له أن يأخذ منه شيئاً مما قضاه » . والهندية ، جـ ٢ ، ص ٣٤١ .

(١٠٧) محمد ، ص ١/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل الف درهم بختية فأقبض أحدهما منه خمس مائة زيوف لو أخذ الآخر خمس مائة درهم بختية لم يشرك واحد منهما صاحبه فى شىء » . والعتابى ، ص ٢/١٣٢ : « لهما على رجل رطب فقضى لاحدهما بقيمة نصيبه لانقطاعه يشاركه الآخر ... فان شاء الشريك أعطاه نصف ماقبض من القيمة أو أعطاه ربع الرطب ولو قبض الثانى نصيبه من الغريم فى الرطب قبل قبض الاول لم يشاركه الاول فى الرطب » .

يقبض لا للقابض ولو كان ما قبضه القابض هو دون ما قبض الآخر في الجودة.

وإذا ما منح الدائن للمدين أجلا تطبيقا لمذهب أبي يوسف ومحمد، فلا رجوع له إلا عند حلول الأجل (١٠٨). وعلى ذلك يكون القابض مضطراً إلى تجديد المطالبة ضد المدين عند حلول الأجل رغم أن نصيبه هو حال (١٠٩).

٣١٧ — ومن المسلم به أن للدائن التنازل عن حقه في الرجوع ليطالب المدين مباشرة. وتنازله هذا لا رجوع فيه (١١٠).

---

(١٠٨) السرخسي، ج ٢١، ص ٣٧ : « يأخذ الآخر حصته ولا يشاركه المؤخر في المقبوض حتى يمضي الأجل فحينئذ يكون له أن يشارك القابض في المقبوض ». والكاساني، ج ٦، ص ٦٧ : « إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي اخر أن يشركه فيما قبض حتى يحل دينه ».

(١٠٩) السرخسي، ج ٢١، ص ٣٨ : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما والباقي هو ما كان مؤجلا ».

(١١٠) الجصاص، ج ٣، ص ٣٨١ / ١ : « [إذا قضى الغريم] فسلم الآخر فيه لم يكن له مع التسليم حق الشركة ». ورضى الدين، ج ٦، ص ٦٩/١ : «وان شاء الساكت سلم المقبوض للقابض واتبع الغريم بنصيبه وإذا اتبع الغريم بنصيبه لا يرجع على شريكه بنصف ما قبض ». والحصيري، ج ٥، في الشركة، ص ٤٢ منها : « إذا سلم المقبوض للقابض فقد أبطل حقه في المشاركة وله ذلك فلو أراد أن يرجع على شريكه بعد ما سلم لم يكن له ذلك ». وج ٣، في الشهادات، ص ٣٦ منها : « ان سلم للقابض ثم أراد أن يشاركه فيه ليس له ذلك لأن المخير بين شيئين إذا اختار احدهما تعين عليه ذلك ». والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٤ : « له أن لا يشاركه ».

ويلاحظ أن التنازل لا يصح إلا إذا كان حق الرجوع قد تولد بالفعل أى إذا كان قد حصل وفاء. أما قبل ذلك فالتنازل لا تأثير له إذ لا يكون له موضوع (١١١).

واعسار المدين(١١٢) يجعل أيضا التنازل لاغيا(١١٣). ولكن حق الرجوع

---

(١١١) الجصاص، جـ ٣، ص ٢٨١ / ١ : « البراءة من الحقوق لا يصح إلا على أحد وجهين اما أن يكون بعد وجوب الحق أو فى العقد الموجب له ». والخصاف، ص ٢٩ : « لم يأمن ان يسلم ذلك له قبل القبض فاذا قبض شاركه فيما يقبض ».

(١١٢) الأعسار أو التوى هو فى فقه أبى يوسف ومحمد، حالة المدين الذى شهر افلاسه. أما عند أبى حنيفة، فلا يعتبر المدين معسراً إلا إذا مات على هذه الحال. انظر الحصيرى، جـ ٥، فى الشركة، ص٤٢ منها : « التوى ان يموت الغريم مفلساً عند أبى حنيفة لاغير وعندهما هذا وان يفلسه القاضى ويحجر عن التصرف». والكاسانى، جـ ٦، ص ٦٦ : « توى الذى على الغريم ». وشيخ زاده، مجمع، جـ ٢، ص ٢٥٠ : « ثم توى نصيبه بأن مات المديون مفلساً ». وفى هذا المعنى الأخير أيضا ابن نجيم، البحر، جـ ٧، ص ٢٦٠.

(١١٣) الجصاص، جـ ٣، ص ١/٣٨٢ : « سلمه بعد ذلك على شرط سلامة النصف الآخر له فتى لم يسلم له ماعلى الشريك عاد حقه الواجب له بقبض الشريك ». و ص ٣٨٥ / ١ : « تسليمه انما وقع على شرط سلامة ما على الغريم له ». ورضى الدين، جـ ٦، ص ١/٦٩ : « إذا سلم المقبوض للقابض فقد أبطل حقه فى المشاركة إلا أن يتوى ما بقى على الغريم ». والعتابى، ص ١٣٢ / ٢ : « ان سلم على الشريك ما قبض ثم توى نصيبه على الغريم له ان يرجع على التسليم». الكاسانى، جـ ٦، ص ٦٦ : « يسلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما فى ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقى حقه فى المقبوض كما كان ». والمرغينانى، جـ ٧، ص ٤٠٤ : « لو سلم له ماقبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم

الذى يكون للدائن فى هذه الحالة لا ينصب على عين القطع المقبوضة بل على قطع غير معينة مماثلة لها (١١٤) .

٣١٨ — أما الطرف الآخر للرجوع فهو الدائن القابض . ولا يمكن توجيه المطالبة الى غيره ولو كان القابض قد تصرف فى المقبوض . فلا سبيل إذاً على الشخص الذى اشترى من القابض ما قبض أو على الشخص الذى أقرضه القابض ما قبض أو وهبه له أو دفعه له قضاء عن دين (١١٥) .

له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم » . والزيلعى ، جـ ٥ ، ص ٤٦ : « التسليم مقيد بشرط سلامة الباقى له » .

(١١٤) الجصاص ، جـ ٣ ، ص ٣٨٤ / ٢ — ٣٨٥ / ١ : « لو أن أحد الشريكين اقتضى نصيبه أجود من دراهمه فسلم ذلك له صاحبه ... فان توى ما على الغريم كان له أن يرجع عليه بمثل نصف ما أخذ ليس له غير ذلك وان كانت الدراهم قائمة بعينها » . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٦ : « ليس له فى هذا الوجه أن يرجع إلى عين تلك الدراهم لأنه سقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما جدد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك فى ذمة القابض كسائر الديون » . « أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها » . يلاحظ هنا ظهور فكرتى « الحق فى شىء » و « الحق على شىء » ، فقد انقلب حق الدائن الشريك شخصيا بعد أن كان عينيا . انظر الحصيرى ، جـ ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٩ منها : « ان توى والدراهم بعينها قائمة فى يد القابض لم يكن له أن يرجع بعينها لكن القابض بالخيار ... ألا ترى انه لو اقترض ... » . والزيلعى ، جـ ٥ ، ص ٤٦ : « عين تلك الدراهم ... حقه فيها قد سقط ... يعود إلى ذمته فى مثلها » . ومحمد علاء الدين عابدين ، قرة ، جـ ٢ ، ص ٢٣٩ : « حقه فيها قد سقط بالتسليم فيرجع بمثله ويكون ما قبضه أخيرا صرفا عما فى الذمة » .

(١١٥) الجصاص ، جـ ٣ ، ص ٣٨٣ / ١ : « ان قضاها شريكه رجلا من دين كان له عليه أو وهبها لرجل وقبضها فأراد الشريك الذى لم يقبض أن يرجع بنصفها

٤ — آثار الرجوع

٣١٩ — الرجوع يفقد القابض بعض ماقبض. ويترتب على ذلك حق للدائن القابض فى أن يطالب المدين من جديد ليعوض عليه ما أفقده الرجوع(١١٦). هذا ومن ناحية أخرى لا يكون للدائن الذى استعمل حقه فى الرجوع، حق مطالبة المدين إلا بما تبقى له من حصته(١١٧).

ويلاحظ أن ما يحصل عليه أحد الدائنين من المدين بعد الرجوع يكون هو أيضا محلا لرجوع آخر، ويرجع على المدين مرة أخرى بعد ذلك، وهكذا

على الموهوب له أو على الذى قبضها فليس له ذلك ولكنه يرجع على شريكه بمثل نصف ما قبض ». وص ١/٣٨٣ — ٢/٣٨٣ : « لم يكن للشريك... ابطال تصرف القابض فى المقبوض ». ورضى الدين، ج ٦، ص ١/٦٩ : « ليس للساكت أن يأخذ ممن فى يده ». والعتابى، ص ٢/١٣٢ : « لو قبض أحدهما نصيبه وأقرضه غيره لم يشارك الآخر المستقرض ». والحصيرى، ج ٣، فى الشهادات، ص ٣٧ منها : « إذا تصرف القابض فيه بأن قضى به دينا عليه أو وهبه لرجل فلا سبيل له عليه لأنه تصرف فى ملكه ».

(١١٦) رضى الدين، ج ٦، ص ٦٩ / ٢ : « إذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به على الغريم ». والكاسانى، ج ٦، ص٦٦ : « ماقبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض دينا على الغريم ». والبابرتى، ج ٧، ص٤٠٧ : « الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه فى النصف رجع المصالح بذلك على الغريم ».

(١١٧) الكنز، ج ٥، ص ٤٦ : « رجعا بالباقى على الغريم ». والكفاية، ج ٧، ص ٤٠٢ : « ان الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه ».

دواليك[١١٨]. وعلى ذلك لا يأمن أبداً من قبض شيئا من المدين على ما قبض[١١٩]. وكذلك المدين يبقى مهدداً بمطالبة جديدة ما دام الدائنون جميعهم لم تصل اليهم حقوقهم كاملة .

٥ – نتائج الرجوع

٣٢٠ – يؤدى الرجوع إلى أن الدائن الواحد يحصّل لمصلحة الآخرين بعضا من الدين[١٢٠] . فهم يستفيدون إذا كان ما حصّل عليه القابض أجود مما كان مطلوبا[١٢١]. ويستفيدون أيضا من الوفاء المعجل[١٢٢]، ومن التأمينات

---

(١١٨) البابرتى ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ : « لما اشتركا فى المقبوض لا بد من بقاء الباقى على ما كان من الشركة » .

(١١٩) فيما عدا حالة التنازل عن الرجوع . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « بالتسليم ... أجاز تملك القابض لها » .

(١٢٠) المرغينانى ، ج ٧ ، ص٤٠٢ : « إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض » . وانظر أيضاً فيما سبق النبذة رقم ٣٠٣ .

(١٢١) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٨ / ٢ : « فاذا قبض أحدهما شيئا منه فللاخر أن يشاركه فى المقبوض بعينه وان كان أجود » . والعتابى ، ص ١٣٢/٢ : « ويشاركه فيما قبض وان كان أجود » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ . ولا يعتبر هذا وفاء بمقابل بل وفاء للدين ، ولو أن الشىء من صنف أجود . انظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٢ / ٢ : « فى الحكم كأنه هو الدين بعينه وان كان أجود » .

(١٢٢) الكاسانى ، ج ٧ ، فى المأذون ، ص ١٩٦ : « لو كان الدين فى الأصل منهما جميعا مؤجلا فأخذ أحدهما شيئا قبل حل الأجل شاركه فيه صاحبه لأنه لما أخذ شيئا قبل حل الأجل فقد سقط الأجل على قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعا فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال » . والحصيرى ، ج ٥ ، فى الشركة : « فى العيون ، ابن سماعة ، عن أبى يوسف ، فى رجلين لهما على

المعطاة (١٢٣) .

وعلى العكس قد يضار الدائن إذا رجع كما فى حالة ما إذا كان القابض قد قبض ما هو أردأ من المطلوب(١٢٤). وقد رأينا أن الدائن الذى يرجع

رجل دين مؤجل فعجل نصيب أحدهما اقتسما نصفين والباقى لهما إلى الأجل لأن الحق لهما فالمقبوض على الحقين والباقى على الحقين لأن نصيب أحدهما لم يتعين » .

(١٢٣) بمعنى أن ما يدفعه الكفيل يكون محلا للرجوع كما لو كان الأصيل قد دفعه . انظر ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٧٥ : « ما يؤديه الكفيل يكون مشتركا بينهما كما لو أدى الأصيل » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ : « لو أن المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلا بحصته ... فما اقتضاه هذا الشريك من الكفيل ... للاخر أن يشاركه فيه . عن الذخيرة » .

وكذلك الحال إذا كان الدفع قد صدر من الشخص الذى تحول عليه الدين . بالنسبة لحصة الدائن . انظر الهندية . ج ٢ ، ص ٣٤٠ : « [كذا] لو ... أحاله بذلك على رجل فما اقتضاه هذا الشريك ... من الحويل ... عن الذخيرة » . ولكن على عكس ذلك العتابى ، ص ١٣٢ / ٢ : « لو أحالهما الغريم ... لو كانت الحوالة متفرقة فلا [يشتركان] » .

(١٢٤) محمد ، ص ١/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم بختية فاقبض أحدهما منه خمسمائة زيوف فصالحه عليها كان لشريكه أن يشركه فيها فيأخذ نصفها ليس له إلا ذلك » . « إذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد قرض أو ثمن مبيع اشتراه منهما بكر حنطة جيد حال فهو جائز فان صالحه أحدهما على أن أخذ بحصته نصف كر حنطة ردىء فأراد الشريك الذى لم يقبض أن يشاركه فيما قبض فانما له نصف ما أخذ من ذلك الردىء وليس له أن يأخذ جيدا » . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٦٨ : « فاذا قبض أحدهما شيئا منه فللاخر أن يشاركه فى المقبوض بعينه وان كان ... اردىء » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « وان كان اردأ فقبض الردىء عن الجيد جائز لأنه من جنس حقه » .

يخضع لشروط الصلح الذى قبله القابض وهى بالطبيعة تنطوى على التضحية ببعض الحق (١٢٥).

٦ – الاساس القانونى للرجوع

٣٢١ — كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص ويكون مع ذلك عرضة لرجوع باقى الدائنين عليه ؟ (١٢٦).

---

(١٢٥) انظر النبذة رقم ٣٠٥ . ولا يغرب عن البال ان كلا من الدائنين يحتفظ بجميع حقوقه قبل المدين ، وأنه يستطيع دائما الحصول على ما هو مطلوب له كاملا ، ما لم يصبح المدين معسرا فلا يبقى له إلا حق الرجوع . السرخسى ، ج ٢١ ، ص ٣٩ : « استيفاء نصيبه أو الشراء بنصيبه أو الصلح أو قبول الحوالة ليس فيه اضرار بالشريك » . والحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٧ منها : « ولا ضرر على الساكت بنقصان صفة حقه لأن له أن يسلم للقابض ويتبع الغريم بنصف الدين على الوصف الذى كان » .

(١٢٦) وقد استوقف الفقهاء هذا المشكل . انظر قاضى زاده ، نتائج ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ : « ان كان حق الشريك الساكت باقيا فى ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى » . غير أنهم يتبعون فى سبيل حله نهجاً مألوفا لهم وهو اعتبار الوجهين ولو كانا متناقضين . وهم بعد ذلك يبررون بعض الحلول بالاستناد إلى أحد الاعتبارين والبعض الآخر بالاستناد إلى الاعتبار الآخر . فالظاهر أن « التصوير القانونى » لايتعين خضوعه فى صناعة الفقه الاسلامى إلى فكرة « الوحدة » . قارن اهرنج ، فى روح التشريع الرومانى ، ج ٣ ، ص ٦٣ وما بعدها . وانظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢/٣٨٢ — ١/٣٨٣ : « للمقبوض حكمان هو فى حق القابض كأنه نصيبه حتى صار مالكا لجميعه جائز التصرف فيه وفى حق الآخر كأنه هو الدين نفسه فى باب ايجاب حق الشركة له فى عينه » . والقرة ، ج ٢ ، ص ٢٣٩ :

هل يقال أن القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيب شائع مملوك له ولشركائه ؟ (١٢٧) لا يمكن قبول هذا التعليل لأن المقبوض لو كان مملوكا

« ليس بين قوله ملكه مشاعاً كأصله وقوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض مخالفة لأن المقبوض عين الدين من وجه وغيره من وجه كما صرح به فى عامة الكتب والاعتبار الأول يقتضى كون المقبوض مشتركا والاعتبار الثانى يوجب الاختصاص بالقابض فعملنا بالوجهين وقلنا على الوجه الأول انه يكون للاخر ولاية المشاركة وعلى الوجه الثانى انه يدخل فى ملك القابض وينفذ تصرفه » .

(١٢٧) فى تأييد هذا التعليل يمكن الاستناد إلى النصوص الآتية : الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٥ : « لأن نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه » . والحصيرى . ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٧ منها : « إذا كان عين حقه حكما تعلق حكمه به وصار نصفه حقا له » . والشلبى ، ج ٥ ، ص ٤٥ : « كان المقبوض من الحقين جميعا » . ومنلا خسرو ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « فقبض أحدهما شيئا منه ملكه مشاعاً كأصله » . وقاضى زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ : « ان الظاهر منه أن يكون ما قبضه احد الشريكين فى الدين بدلا من حقهما معاً لا من حق القابض فقط » . و ٤٠٤ : « الأصل الصحيح ... ان الدين المشترك ... إذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين » . والسندى ، ج ٩ ، ص ٢/٣ : « لو دفع المديون لأحدهما أى لأحد الدائنين فللآخر من الدائنين وهو الذى لم يعطه المديون شيئا الرجوع على المدفوع اليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضاً ان يعطيه شيئا على أن قضاه » .

وكذلك يستند إلى النصوص المتعلقة بالتنازل عن حق الرجوع . فقد ورد فيها أن التنازل عبارة عن بيع . فيستدل من ذلك أن الجزء المبيع كان من قبل ملكا للدائن الشريك . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « اسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها » . والحصيرى ، ج ٥ ، فى الشركة ، ص ٤٢ :

للجميع لما أمكن القابض التصرف فيه كما رأينا [١٢٨] . يضاف الى ذلك أن القابض لا صفة له فى حيازة المقبوض عن الغير فهو ليس بوكيل [١٢٩] ولا بمستودع [١٣٠] .

٣٢٢ — المقبوض هو إذاً ملك القابض خاصة [١٣١] . على أن للدائن

« انعقدت المعاوضة بينهما » . « باع نصيبه مما قبض بنصيبه مما بقى دينا » . وانظر مع ذلك فيما يلى النبذة ٣٢٣ ، حاشية ١٤٣ .

(١٢٨) قاضى زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض فى المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فى الثمرة والولد بغير إذن الآخر » . « ليس له حقيقة المشاركة فى المقبوض وإلا نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة » . والحصيرى ، ج ٥ ، فى الشركة ، ص ٤٢ : « والمقبوض ملك القابض لما قلنا ولهذا تنفذ تصرفاته فيه وتلزم حتى لا يكون للساكت نقضه » .

(١٢٩) فقد جاء فى الجصاص ، ج ٣ ، ص٣٨٢/٢ أنه لو كان وكيلا لما تحمل تبعة هلاك الشيء : « وجب أن لا يجوز له قبضه إلا وقد صار وكيلا لصاحبه فى قبضه ولو كان كذلك لما ضمنه لهلاكه فى يده وفى وجوب ضمانه عليه دليل على أنه ليس بوكيل ولا فى حكم الوكيل فبان أنه استحق القبض لنفسه فلذلك كان المقبوض نصيبه خاصة » . والحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٢٧ منها : « لو هلك فى يده قبل المشاركة كان الهلاك على القابض » .

(١٣٠) لنفس السبب . انظر مع ذلك الحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٩ منها : « ابتداء القبض يشبه قبض الوديعة فى حق الشريك لأن المقبوض هو عين حقه حكما فكان له أن يرجع فى عينها » .

(١٣١) الجصاص ، ج ٣ ، ص٣٨٢/١ : « المقبوض هو نصيب القابض » . و ٣٨٣/ ١ : « الملك حصل له فى المقبوض بتسليط من الدافع » . ورضى الدين ،

الشريك حقاً ثابتاً فى الشىء المقبوض (١٣٢). وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض (١٣٣) ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض

جـ ٦، ص ٦٩ / ١ : « المقبوض كان ملكا للقابض لأنه خالص ملك الغريم وقد ملكه من القابض قضاء لحقه » . والمرغينانى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٢ : « قبل المشاركة باق على ملك القابض » . و ص ٤٠٤ : « القابض استوفى نصيبه حقيقة » . والحصيرى ، جـ ٥ ، فى الشركة ، ص ٤١ — ٤٢ : « المقبوض ملك القابض لأنه كان خالص ملك المديون وقد قضاه » . و جـ ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٧ منها : « قبض مالك نفسه ألا ترى أن القاضى يأمر الغريم بدفع النصف اليه ولو لم يكن ملكا له لما أمره به » . والبابرتى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٢ : « المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض » .

لذلك تعتبر حصة الدائن الشريك باقية فى ذمة المدين . انظر الزيلعى ، جـ ٥ ، ص ٤٦ : « ان شاء يرجع على الغريم لأن حقه عليه فى الحقيقة » . ومنلا خسرو ، جـ ٢ ، ص ٤٠٢ : « أخذ الشريك الآخر نصف الدين من غريمه لأنه كان عليه ولم يستوفه فبقى فى ذمته » . ولا سيما المرغينانى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٣ : « له أن يتبع الذى عليه الأصل لأن نصيبه باق فى ذمته لأن القابض قبض نصيبه » .

(١٣٢) الجصاص ، جـ ٣ ، ص ٣٨٢ / ١ : « للآخر فيه حق الشركة » . ورضى الدين ، جـ ٦ ، ص ٦٩ / ١ : « للساكت فيه حق المشاركة » . وعبد الحليم ، حاشية ، جـ ٢ ، ص ٣٢٠ : « حسن قوله فله « حق » المشاركة فى المقبوض أشار به إلى أنه ليس له حقيقة المشاركة » . قاضى زاده ، جـ ٧ ، ص ٤٠٢ : « قال بعض الفضلاء [وهو يقصد سعدى چلبى . انظر جـ ٧ ، ص ٤٠١] الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق فى الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى أقول بل الحق اقحام لفظ الحق لأن الضمير فى وله عائد إلى صاحب الشريك القابض فى الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين فى كل شىء وليس له حقيقة المشاركة فى المقبوض ... وإنما له حق المشاركة فيه » . وانظر القرة ، جـ ٢ ، ص ٢٣٩ : « ولاية المشاركة » .

(١٣٣) الجصاص ، جـ ٣ ، ص ٣٨٢ / ٢ : « له حق الشركة فيه بعينه » .

بين يدى العير (١٣٤) . فقد رأينا أنه لا يستطيع فى حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض (١٣٥) .

هذا الحق هو إذاً حق شبه عينى ، فصاحبه ليس له حق ملكية . بل حق فى أن يتملك (١٣٦) . ولهذا الحق نظائر فى الشرع (١٣٧) .

والشلبى ، ج ٥ ، ص٤٥ : « كان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه » . وانظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٩/ ٢ : « إذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به على الغريم لأنه استحق نصف المقبوض منه » . وانظر فيما سبق النبذة ٣١٣ .

(١٣٤) انظر فيماسبق النبذة ٣١٨ .

(١٣٥) الجصاص ، ج ٣ ، ص ١/٣٨٤ . « إنما قلنا أنه يرجع على القابض بمثل نصف المقبوض إذا تصرف فيه ولا يرجع بمثل دينه من قبل أن المقبوض بعينه هو الذى صار مضمونا على القابض ... فاذا استهلكه رجع عليه » . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٩ / ٢ : « يضمن القابض مثل نصفه لانه أبطل حقه المتعلق به » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « لأنه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه » .

(١٣٦) فللدائن الشريك أن يتنازل عن حقه . والتنازل عن حق الملكية غير جائز فى التشريع الاسلامى . انظر السرخسى ، ج ١١ ، ص١٠٧ : « الابراء اسقاط والعين ليست بمحل له ولا يسقط ملك المالك واضافة التصرف إلى غير محله لغو » . والكاسانى ، ج ٥ ، ص٢٠٣ ، س ١٤ — ١٥ : « لا يجوز الابراء عن المبيع لأنه عين والابراء اسقاط واسقاط الأعيان لا يعقل » .

(١٣٧) منها : (ا) حق المجنى عليه على العبد الجانى . فانه بدفع العبد يصبح العبد مملوكا للمجنى عليه ، على أنه إذا تصرف المولى فى العبد قبل الدفع ينقلب حق المجنى عليه إلى مجرد تعويض . انظر الكاسانى ، ج ٧ ، ص ٢٦٤ : « الحكم الأصلى لهذه الجناية هو لزوم الدفع ... فيبقى العبد واجب الدفع » . وص٢٦٠ : « صيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم » . وص ٢٦٦ : « ولو باعه بيعا باتا وهو لا يعلم بالجناية فعليه الأقل من قيمة العبد ومن الدية » .

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية والقيمة العملية لنظرية الدين المشترك

المطلب الأول – الطبيعة القانونية

٣٢٣ – الدين المشترك قد ورد ذكره فى النصوص على أنه ملك

(ب) الحق فى الغنيمة . انظر ابن الهمام ، ج ٥ ، ص ٢٢٣ — ٢٢٤ : « الحق [فى الغنائم] يثبت عندنا بنفس الأخذ ويتأكد بالاحراز ويملك بالقسمة وقبل الاحراز الحق ضعيف ... فلا ضمان لما أتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم فى بيت المال » .

والجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٣/ ١ : « ان وقع فى سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكا له ولولاه الأول أخذه بالقيمة فان تصرف فيه الذى وقع فى قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه وكذلك ما وصفنا والمعنى الجامع بينهما أن حق المولى لايثبت فى العبد المأسور إلا بقبض المسلمين له وحيازتهم إياه فى دار الاسلام كما لايثبت حق الشريك فى المقبوض إلا بقبضه فلم يكن للشريك أيضاً ابطال تصرف القابض فى المقبوض » .

وفى نطاق القانون العام ، يمكن ذكر حق الزكاة . انظر الدمشقى ، رحمة ، ج ١ ، ص ١٠٣ : « تتعلق الزكاة بالعين ... ولا يزول ملكه عن شىء من المال إلا بالدفع إلى المستحق » .

وانظر فى طبيعة هذا الحق ، القرافى ، الفروق (فى الفقه المالكى) . فى ج ٣ ، ص ٢٠ — ٢٢ يقول : « من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك » .

ويجب ألا ننسى من جهة أخرى أن التصرف فى الشىء أو هلاكه يؤدى غالباً فى التشريع الاسلامى إلى تطهير العين من جميع أسباب الفسخ والابطال . وبذلك تتم حماية حقوق الغير . انظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢/٣٨٦ : « المريض يقر لوارثه

مشترك فهو اذاً فى نظر الفقهاء عبـــارة عن شىء مملوك للدائنين على الشيوع (١٣٨) .

ولـكن قد لاحظ الفقهاء أنفسهم أن الدين ليس بشىء حسى بل هو مجرد معنى فى الذهن (١٣٩) ولما كان كذلك كان من المتعـــذر تصور

بعبد أو يهبه له ثم يموت فيتصرف الوارث فيه قبل نقض الهبة جاز تصرفه لأنا نرجع منه إلى بدل نضمنه وهو القيمة . وكذلك الشريك إذا أبطلنا حقه من الدين رجع إلى ضمان المثل » . وص ٣٨٣ / ١ : « كالموهوب له انه مالك للهبة وللواهب فيه حق الفسخ » . ورضى الدين السرخسى ، ج ٦ ، ص ٦٩ / ٢ : « كالمبيع فى البيع الفاسد إذا ملكه المشترى من غيره لا ينقض البايع تصرفه ولـكنه يضمنه مثله » .

(١٣٨) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٥ : « شركة الأملاك ... سواء كانت الشركة فى العين أو الدين » . وابن عابدين ، ج ٣ ، ص ٥١٤ : «قال فى الفتح . ان بعضهم ذكر من شركة الاملاك الشركة فى الدين فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعى لا يملك وقد يقال بل يملك شرعاً ولذا جاز هبته ممن عليه وقد يقال أن الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه » . يلاحظ هنا كيف أن فكرة المال المعنوى تلاقى المصاعب لـكى تظهر فى صورة الحق الشخصى . وسنرى أنها لم تقبل بتاتا فى حالة التصرف فى المال .

(١٣٩) الدين مجرد معنى . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « هو [أى الدين] اسم للفعل أو لمال حكمى فى الذمة » . وج ٧ ، ص ١٩٦ : « الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكمى فى الذمة وكل ذلك عدم حقيقة إلا أنه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لأن كل واحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الأعيان القائمة فيحتاج إلى الاستقراض والشراء بثمن دين فأعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة » . والحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٢٧ منها : « الدين معـــدوم لأنه عبارة عن حق المطالبة فالحق بالأموال باعتبار العاقبة لحاجة الناس فان كل واحد لا يجد ما يشترى به كل ما يحتاج اليه ولو وجد لا يتعين بالاشارة فلا بد من

انقســـامه (١٤٠) ، لذلك قالوا بأنه لا ينقسم ونشأ عن ذلك حق

ايجابه فى الذمة » . والبابرتى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٥ : « انه [أى الدين] وصف شرعى ثابت فى الذمة » . وابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ٣٧٥ : « الدين حكمى » . والكفاية ، جـ ٧ ، ص ٤٠٥ : « الدين وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة » . وانظر المرغينانى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٢ : « مالية الدين باعتبار عاقبة القبض » .

(١٤٠) الجصاص ، جـ ٣ ، ص ٣٨٠ / ٢ : « القسمة إنما هي افراز الحقوق وتميزها وتمييزها فى الذمة وافرازه لايصح ... لأن القسمة لا تتم إلا بالقبض وقبض ما فى الذمة غير ممكن » . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٥ : « لأن معنى القسمة وهو التمييز لايتحقق فيما فى الذمة فلا يتصور فيه القسمة » . وجـ ٧ ، ص ١٩٦ : « العدم لا يحتمل القسمة » . والحصيرى ، جـ ٣ ، ص ٢٦ من كتاب الشهادات : « القسمة افراز أحد النصيبين عن الآخر وجمعه فى مكان آخر على وجه يمتاز أحدهما عن الآخر وهذا لا يتحقق فى الدين قبل القبض لأن كله مجتمع فى ذمة المديون فكيف يتحقق الافراز والامتياز »... « القسمة شرعت لاكمال المنفعة ولايتصور الانتفاع بالدين مادام فى ذمة المديون » . قاضى زاده ، جـ ٧ ، ص ٤٠٥ : « تمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة فى الدين » . وابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ٣٧٥ : « القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما فى حيز على جهة وذا لايتصور فى غير العين لأن الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكمى » .

ولما كان الدين غير قابل للنقل ، لأن الشيء المعنوى لايصح محلا للتصرف ، لم يجز فقهاً قسمته . ذلك أن القسمة مبادلة حصة بأخرى . انظر السرخسى ، جـ ٢١ ، ص ٣٨ : « فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه شريكه عوضا عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز » . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٥ : « لأن القسمة فيها معنى التمليك لأن مامن جزأين إلا واحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز » .

والكفاية ، جـ ٧ ، ص ٤٠٥ : « لأن فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان فى ذلك نقلا للوصف من محل إلى آخر قصدا والانتقال على الاوصاف محال » .

على أن بعض الفقهاء قد لاحظ أن فى حالة انقضاء الالتزام بالنسبة لحصة أحد الدائنين تقع القسمة ضمناً . الجصاص ، جـ ٣ ، ص ٢/٣٨١ : « إذا سقط حق أحدهما فجائز أن ينفرد حق الآخر خالياً من حق الغير » . كذا فى حالة الابراء . أنظر سعدى جلبى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٥ : « الابراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين فى ذمته قبل الابراء وإلا فكيف تعلق الابراء بنصيبه خاصة » . وفى البابرتى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٥ : « [القسمة] هى رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدمى فلا . . . تقتضى وجود النصيبين » . وقد أجيب بأنه من العبث الكلام عن القسمة فى هذه الحالة . أنظر البابرتى ، جـ ٧ ، ص ٤٠٥ : « أجيب بأن القسمة تقتضى وجود النصيبين وليس ذلك فى صورة الابراء بموجود فلا قسمة » . « القسمة افراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضى وجودهما لامحالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية » . على أن القسمة قد وقعت بالفعل . كذلك فى حالة المقاصة مع دين سابق . انظر قاضى زاده ، جـ ٧ ، ص ٤٠٤ — ٤٠٥ : « أقول فيه شىء وهو أنه يلزم فى هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز فى ضمنه كما قالوا فى صورة البيع اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض فى ضمنها » . وكذلك أيضاً فى حالتى الوفاء بمقابل والصلح يقول بعض الفقهاء بوقوع القسمة ضمنا . أنظر الزيلعى ، جـ ٥ ، ص ٤٧ : « وهنا وقعت القسمة فى ضمن صحة الشراء اوصحة المصالحة وكم من شىء يصح ضمنا ولا يصح قصداً » . غير أن قاضى زاده ، جـ ٧ ، ص ٤٠٤ قد لاحظ أن لا قسمة ههنا ما دام الدائن الشريك يستطيع الرجوع : « لا احتياج عندى ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا إذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا . . . فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم

الرجوع (١٤١) .

الا انهم قد لاحظوا من ناحية أخرى انه اذا كان الدين لا يقبل الانقسام على انه دين ، فهو يقبله على انه مطالبة . ونشأ عن ذلك جواز انفراد كل من

قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا » . « حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة » . وتقع القسمة الضمنية أيضا فى حالة مجرد الوفاء لأحد الدائنين فان هذا الأخير لا يستطيع بعد هذا الوفاء استعمال حق الرجوع وتصبح حصة الآخر منفردة بين يدى المدين . أنظر الحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٣ منها : « اذا استوفى أحدهما لان القسمة هناك باعتبار اختلاف المحال فنصيب المستوفى لم يبق فى ذمة المديون » . وتقع أخيراً فى حالة التنازل عن حق الرجوع فان القابض يستولى هنا نهائياً على ما قبض وتبقى حصة المتنازل كاملة فى ذمة المدين . الحصيرى ، ج ٥ ، فى الشركة ، ص ٤١ : « إذا سلم ... صار ذلك بمنزلة قسمة الدين لتعين نصيب أحدهما وبقاء نصيب الآخر دينا ودخل فيه معنى المعاوضة لان قضية الشركة أن يكون ما قبض مشتركا بينهما وما بقى مشتركا » . وتعتبر جميع هذه الحالات استثناءات لقاعدة عدم انقسام الدين التى بنيت عليها النظرية المشروحة فى المتن . وهى لكثرتها تبخس من قيمة النظرية . على أنه لا محل لاعتبارها استثناءات إذا استبعدت هذه النظرية كما سنرى . انظر الحاشية رقم ١٤٣ . هذا وهل يقال أيضاً بوقوع القسمة فى حالة ما إذا منح أحد الدائنين أجلاً ؟ انظر ما أثير حول هذا الموضوع من الجدل فى البابرتى ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ . وقاضى زادة ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ . والسندى ، ج ١٢ ، ص ٤٧٤ / ١ — ٤٧٤ / ٢ . ولكن يلاحظ أنه إذا كان الرجوع ممكنا عند حلول الاجل فذلك لان القسمة لم تقع فى فقه هذه النظرية .

(١٤١) ذلك أن وفاء حصة معينة لاحد الدائنين لا يمكن اعتباره قسمة . ويقول الفقهاء أن ما قبض ازيد قيمة مما هو باق فى ذمة المدين ، ويجب أن يستفيد من هذا الفضل جميع الشركاء . انظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٨ / ٢ : « فلصاحبه أن

الدائنين بالمطالبة بحصته منه[١٤٢] .

ولكنا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانونى لحق الرجوع أن تصوير الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الثابتة[١٤٣] .

يتبعه ويشاركه فيما قبض لان العين أفضل من الدين فهذه الزيادة حصلت بسبب أصل الحق وهو الدين فاذا كان أصل الحق مشتركا كذا الزيادة فيه بمنزلة الولد والثمرة فيشاركه فى عين المقبوض حتى يساويه فإن الشركة تقتضى المساواة» . وص ١/٦٩ : «العين أفضل من الدين فللساكت أن يشارك القابض فى المقبوض حتى يساويه فتكون العين بينهما والدين بينهما تحقيقا للمساواة ولانه متى لم يثبت للساكت لمشاركة فى المقبوض يؤدى ذلك إلى أن ينفرد أحد الشريكين بالقسمة وأحدهما لا ينفرد بالقسمة» . وص ٢/٦٩ : «لان الابراء اسقاط وليس بقبض لنصيبه فلم يزدد نصيبه» . والمرغينانى ، ج ٧ . ص٤٠٢ : «أصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض لانه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة » . والزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٥ : «المقبوض خير من الدين» . والبابرتى . ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرها لأن الدين ازداد خيراً بالقبض » .

(١٤٢) لذلك لما أرادوا توجيه صحة الأجل الممنوح طبقاً لفقه أبى يوسف ومحمد ، قالوا أن الأجل لايؤثر إلا فى المطالبة بينما الدين يبقى غير منقسم . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : «قسمة الدين تصرف فى الدين والتأخير ليس تصرفا فى الدين بل فى المطالبة بالاسقاط» . «الأجل يمنع ثبوت المطالبة» . وهذه التفرقة بين الدين والمطالبة مألوفة عند الفقهاء .

(١٤٣) انظر فيما سبق نبذة ٣٢١ . وهؤلاء الفقهاء أنفسهم إذا ما أرادوا تعليل هذه الحلول لا يلجأون لفكرة الاشتراك فى الملك . فيتعين إذا استبعاد هذه الفكرة بصرف النظر عما جاء فى تصوير بعض الفقهاء ، إذ يلزمنا دائما نلمس الطبيعة

٣٢٤ — اما الفكرة التى تستمد من الحلول فهى ان الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين فى الواقع . الا أن انقسامه لا يكون مطلقاً ، فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرعوه من حق الرجوع ، ذلك أن حق الرجوع يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة كما بينا .

واذا نظرنا الى الدين المشترك نظرة عملية وجدنا أن هذه الرابطة التى أوجدها حق الرجوع لاتبقى على الشىء الكثير من اعتبار الألتزام منقسما . فهى تؤدى بالفعل الى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة . ذلك انه مادام لم يجتمع هؤلاء الدائنون لاتكون المطالبة ابداً مجدية (١٤٤).

القانونية من كنه الموضوع فى ذاته . والفقهاء فى استعراضهم للموضوع يعتبرون بالفعل الحصة المقبوضة كأنها ملك خالص للقابض ، فنجدهم يقولون أن حق الدائن قد انقضى فى حالة ما إذا وصل اليه نصيبه . انظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢/٣٨١ : «ان أحدهما إذا قبض نصيبه فقد سقط دينه» . وإذا كان هو يستطيع بعد الرجوع مطالبة المدين من جديد فذلك لأن حقه قد بعث بعد أن كان قد انقضى . انظر البابرتى ، ج ٧ ، ص ٤٠٧ : « وفيه عود الدين بعد سقوطه » . وقد رأينا من جهة أخرى أن فكرة الاشتراك فى الملك تصدمها استثناءات عدة (انظر الحاشية ١٤٠) . فقد اضطر الفقهاء إلى افتراض قسمة ضمنية لتفسير انقسام الحصص فى الأحوال التى تنعزل فيها إحدى هذه الحصص بين يدى أحد الدائنين أو المدين . على أن هذا التفسير غير مقبول ، ذلك أن الانفراد لا يمكن اعتباره قسمة مادام ما يقبضه الواحد يكون محلا للرجوع . والحصة الباقية لا يمكن اعتبارها ملكا خالصاً للدائن الشريك إلا إذا وقعت مبادلة ، وقد علمنا أن انتقال ملكية الديون محال .

وعلى نقيض ذلك لا تعترضنا صعوبة إذا نحن اعتبرنا الحصة المقبوضة مملوكة للقابض وحده فى جميع الأحوال .

(١٤٤) يقارن مع القانون البروسى . انظر سالى ، ص ١٠٨ ، رقم ١١٣ . وسافينى ، ج ١ ، ص ٣٢٠ حيث يشترط المطالبة المشتركة . فقد جاء فى سافينى أن حق

المطلب الثانى – القيمة العملية

٣٢٥ – اذا اردنا الحكم على القيمة العملية لنظرية الدين المشترك امكننا أن نقول أن من محاسنها وضع الدائنين جميعاً على قدم المساواة، وهم متساوون فى الحقوق، فكان من العدل أن يمنع تفاضلهم. وهذا التفاضل يحدث اذا سبق احدهم الآخر فى المطالبة ولم يكن للآخر حق الرجوع، اذ يصبح اعجلهم أوفرهم حظاً. وهو مايؤخذ على القوانين الحديثة. أما فى الشرع الاسلامى فيتحمل الجميع نتائج اعسار المدين، على السواء (١٤٥).

هذا على أن لنظرية الدين المشترك عيوباً (١٤٦) – اذ لا يستطيع الدائن طبقاً لهذه النظرية ان يحصل على حصته فى الدين بصورة جدية فى حال من الأحوال. فهو دائماً يظل مهددا بحق الرجوع ولو قبض دون حقه. وقد أشرنا فيما سبق إلى مافى شرط اجتماع الدائنين عند المطالبة من المساوىء (١٤٧).

الدائن قبل المدين لا يمكن المطالبة به إلا إذا اجتمع جميع الدائنين على المطالبة كما لو كان الأمر متعلقا بملك مشترك.

(١٤٥) يقارن مع التشريعات اللاتينية. فنى الدين المشترك يقول ديمولومب، جـ ٢٦، ص ٨٥، رقم ١١١٠ أنه عند اعسار المدين، بعد الدفع لأحد الدائنين، يتحمل الدائنون الآخرون نتائج هذا الاعسار، ولا يجبر القابض على اعطاء شىء مما قبض. وفى هذا المعنى أيضاً بودرى – لا كانتينرى وبارد، جـ ٢، ص ٢٤٦، رقم ١١١٢ خامساً.

(١٤٦) توليدو، تحليل نظرية العقود والالتزامات فى القانون المدنى العثمانى، ص ١٥٢ — ١٥٨. فهو يضع نظرية الدين المشترك فى عداد مساوىء المجلة.

(١٤٧) ويظهر أن مصلحة الدائن فى أن يترك شريكه يقوم بالاجراءات. وقد جاء فى بعض النصوص أن الدائن لا يخول حق منح الآجال لكيلا يسىء استعماله

وقد قام الفقه العملى بمعالجة هذه العيوب فتوصل بما أوجده من الحيل الى مبدأ انقسام الدين فيما بين الدائنين . ولما كانت هذه الوسائل تعالج المبادىء المقررة فى الدين المشترك فان دراستها بعد دراسة هذه المبادىء تعتبر تتمة لها . وبها يتم تصوير نظرية الدين المشترك تصويراً صحيحاً(١٤٨) .

المطلب الثالث — الفقه العملى (١٤٩)

٢٢٦ — يقرر الدائنون فى كتاب أن للدين بالنسبة لكل واحد منهم

بأن يستعمل حقه فى الرجوع عند حلول الأجل ثم يمنح غيره وهلم جرا فيتوصل بذلك إلى تحميل شريكه جميع المصاريف . انظر السرخسى ، ج ٢١ ، ص ٣٩ : « يؤخر نصيبه حتى يستوفى الآخر نصيبه فاذا حل الأجل شاركه فى المقبوض ثم يؤخر نصيبه مما بقى حتى يستوفى الآخر نصيبه فاذا أجل شاركه فى المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة فى جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى » . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٧٠ / ٢ : « وعليه بحكم الشركة مؤنة التقاضى فى النصف لا فى الكل » . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه » .

ويلاحظ خصوصا أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى . على أن تعاقب الدعاوى من الدائن الواحد لن يغنى أبداً عن المطالبة المشتركة ، إذ يبقى دائما رصيد لا تصل اليه إلا المطالبة المشتركة .

(١٤٨) تعتبر الحيل جزءاً متمماً للتشريع ، وكما قد لاحظه أهرنج . ج ٤ ، ص ٢٣٥ و ص ٢٥١ — ٢٥٢ . تخضع جميع النظم القانونية لنواميس ، منها أن لا حاجة لابتداع قواعد جديدة ما دام فى الامكان التوصل إلى النتائج المرغوبة بوسائل فى متناول التشريع القائم — وقد فعل فقهاء الرومان ذلك بأن وضعوا بجانب ما يجلبه التطبيق الجامد للنظريات القانونية من المصاعب ، طرقا ووسائل تؤدى إلى تلافيها .

(١٤٩) فهذه الطرق الملتوية تعتبر فى الواقع الناحية الحية من التشريع . وهى

سبباً مستقلا ، فيقوم هذا الاقرار مقام التنازل المعجل عن حق الرجوع ، ويصبح الدين المشترك بواسطته منقسماً (١٥٠) .

ولكن كيف التخلص من الرجوع اذا كان الدائنون على غير اتفاق؟ يستوهب الدائن مدينه ثم يبرئه من الدين . وقد علمنا انه لارجوع فى حالة

بمحاولتها علاج جمود القواعد القانونية تشبه التشريع البريتورى فى روما . غير أنها لا تعترض صراحة القواعد المقررة بل تسعى إلى التملص منها بواسطة أعمال قانونية صورية تسمح بالخروج عن دائرة تطبيقها . وهى قد كانت موضوعاً لمؤلفات مستفيضة وذلك منذ العصر الأول للتشريع . انظر محمداً ، المخارج فى الحيل ، طبع شخت . وتوجد نسخة مخطوطة من هذا المؤلف بدار الكتب تحت رقم ٥٥٠ على أنها لأبى يوسف . والخصاف ، (متوفى سنة ٢٦١) ، الحيل والمخارج ، طبع شخت . وسعيد بن على السمرقندى ، (متوفى سنة ؟) ، جنة الأحكام (انظر كشف الظنون) ، خط ٣٤ م دار الكتب . على أنه قد طعن فى صحة نسبة كتاب فى الحيل لمحمد . انظر السرخسى ، ج ٣٠ ، ص ٢٠٩ .

فالمقصود إذاً بعبارة الفقه العملى ذلك الفقه الذى ينظر نظرة عملية فى تطبيق القواعد على احتياجات العلائق القانونية — على أنه كغيره ثمرة اجتهاد الفقهاء .

(١٥٠) الخصاف ، ص ٣٠ : « إن أراد كل واحد منهما أن ينفرد بحقه فان قبض واحد منهما من هذا المال شيئاً لم يشركه الآخر فى ذلك قال يكتبان كتاباً بينهما يقران فيه أن كل واحد منهما باع من فلان حصته من العبيد أو من العلق الذى كان بينهما مفرداً فى صفقة على حدته وانهما لم يبيعا ذلك العلق من فلان فى صفقة واحدة وأن مال كل واحد وحصته وجبت على فلان مفردة دون حصة صاحبه ويؤكد الكتاب بذلك فان قبض أحدهما شيئاً لم يشركه الآخر » . بعد هذا الاقرار لا يكون الرجوع مقبولا . وإذا أراد أحد الدائنين فقط التنازل عن حقه فى الرجوع سلفاً اتبع نفس الطريق . انظر الخصاف ، ص ٢٩ — ٣٠ : « سأل أحدهما صاحبه أن يسلم له ما قبض من هذا المال حتى يستوفى حصته من ذلك المال

الابراء. أما الوفاء فى صورة الهبة فهو بمأمن من حق الرجوع (١٥١).

ولم يأمن أن يسلم ذلك له قبل القبض فاذا قبض شاركه فيما يقبض فأراد حيلة حتى يوثق من شريكه فلا يكون له أن يشركه بعد ما يقبض قال الحيلة فى ذلك أن يقر المسلم لشريكه أن شريكه فلان باع من فلان حصته من العلق الذى كان بينهما مفرداً فى غير الصفقة التى باع هو فلاناً حصته وأنه ليس له أن يشركه فيما يقبض من فلان من المال الذى باسمهما على فلان وهو كذا وأن حصة فلان من هذا المال وجبت له على فلان مفردة دون حصته فاذا فعل ذلك لم يكن له أن يشركه فيما يقبض ».

وقد تقع الصورية منذ البداية، فيظهر الدين المشترك فى صورة دين غير مشترك منذ نشوء الالتزام. انظر محمداً، المخـارج، ص ٦٠ : « قلت وكذلك لو باع رجلان عبداً بينهما من رجل فباع هذا نصيبه بثمن مسمى وباع الآخر نصيبه بثمن مسمى فقبل المشترى ذلك فى كلمة واحدة ثم قبض أحدهما من المشترى شيئاً لم يشركه الآخر فيما قبض قال نعم ». ويوجد عين هذا النص فى المخطوط المنسوب لأبى يوسف. انظر المخطوط رقم ٥٥٠ دار الكتب، ص ٦١. ويوجد أيضاً فى الخصاف: طبع شخت، ص ١٨٠، مع بعض النقص.

(١٥١) الخصاف، ص ٢٩ : « إن وهب زيد لعبد الله خمسين ديناراً وقبضها عبد الله منه ولم يجعلاها قضاء ثم ان عبد الله أبرأ زيداً من حصته من المال الذى بينه وبين محمد هل يشرك محمد عبد الله قال لا ». وفى الخصاف أيضاً أن إقرار الدائن بأن ليس له على المدين شىء وان التزام المدين كان صورياً – يقوم مقام الابراء. انظر ص ٢٩ : « يقر عبد الله أن الذى عليه الدين وهو زيد كان أقر له ولمحمد بكذا وكذا ديناراً وأن ذلك إنما كان منه على سبيل الالجاء ولم يكن له على زيد من هذا المال شىء وأنه قد ضمن لزيد جميع ما يدركه من قبله وأسبابه ويؤكد ذلك فاذا فعل ذلك لم يكن لمحمد أن يشركه فى شىء من ذلك ». على أن الابراء قد اعتبر أبسط وسيلة. انظر ص ٢٩ : « قلت فما تقول إن لم يقل هذا ولكنه قال قد أبرأت زيداً مما كان أقر لى به من المال الذى باسمى واسم محمد عليه فقد أبرأته من

وتتحقق هذه النتيجة عينها اذا حصل الوفاء فى صورة بيع بان يبيع الدائن من المدين

حصتى من ذلك وهو خمسون ديناراً قال براءته جائزة » . ويظهر أن الهبة قد تقع لصالح عبد الدائن أو ابنه كيما لا تنكشف الصورية . انظر ص ٢٩ : « قال يهب زيد وهو الذى عليه المال لعبد الله ومحمد فيهب لابن عبد الله أو لمملوك له مقدار حصة عبد الله من المال الذى عليه وذلك خمسون ديناراً ويقبل ذلك الموهوب له ثم يقر عبد الله أن الذى عليه الدين وهو زيد . . . » .

وقد أورد جميع الفقهاء الحيلة التى اتخذت شكل هبة بسيطة يتبعها إبراء . انظر السمرقندى ، النوازل ، ص ٢/٢٥٥ : « وسئل نصير ، عن رجلين لهما على رجل ألف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ حصته ولا يكون لشريكه عليه سبيل ما الحيلة فيه قال يهب الغريم له مقدار حصته ويقبض ثم يبرىء الغريم من حصته » . والزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه » . والحصكفى ، ج ٤ ، ص ٦٦٣ : « وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه » والسندى ، ج ٩ ، ص ٢/٣ — ١/٤ : « يهبه المديون قدر حصته ويهبه رب الدين حصته كما لو كان جميع الدين لهما أربعين فليهب المديون عشرين لرجل منهما ثم يهبه الموهوب له العشرين حصته من الدين فيقول أبرأتك عن العشرين التى لي عليك فعلى هذا لا تبقى للشريك الآخر مطالبة الآخذ فيما أخذه من المديون لأنه لم يقبض منه إلا على سبيل الهبة » . وانظر أيضاً القره . ج ٢ ، ص ٢٤٠ . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٨ ، نقلا عن قاضى خان ، الفتاوى .

وهذه الحيلة تفيد أيضاً فى حالة وقوع الوفاء بمقابل فى صورة عقد نكاح — إذا أخذنا بالقول المنسوب لأبى يوسف ، فى غير ظاهر الرواية . انظر فيما سبق الحاشية ٨٩ . وقد ورد ذكر استعمال الحيلة فى هذه الحالة فى محمد . المبسوط ، ص ٥١٤/١ . وفى محمد ، المخارج ، ص ٦٢ : « قلت أرأيت رجلين لهما على امرأة مال وهما شريكان فتزوجها أحدهما على نصيبه من المال الذى عليها هل يشاركه صاحبه فيضمنه نصف ما سمى لها من المهر قال لا ولست آمن عليه أن يضمنه غيرنا قلت فكيف

شيئاً ذا قيمة زهيدة فى مقابل مبلغ مساو لحصته فى الدين، ثم يبرىء المدين[١٥٢].
ويرى (الخصاف)، التوسل ايضاً بالمقاصة، فهى كالابراء يمتنع معها الرجوع

الحيلة حتى لا يضمن الزوج لشريكه من الدين شيئاً فى قول جميع الناس قال يهب الشريك الذى يريد أن يتزوج هذه المرأة للمرأة نصيبه مما عليها ثم يتزوجها على عشرة دراهم وتهب المرأة العشرة التى تزوجها الزوج عليها». وذكرت أيضاً فى الخصاف، ص ١٨٣. وتقع الهبة هنا لاحقة للابراء.

(١٥٢) السمرقندى، ص ٢٧٩ / ٢: «سئل أبو بكر عن رجلين لهما على رجل مائتى [كذا] درهم فأراد احدهما أن يأخذ نصيبه ولا يشاركه فى ذلك كيف يصنع قال الوجه فى ذلك أن يبيع من المطلوب كفا من الزبيب بمائة درهم ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئه من نصف دينه القديم ويطالبه بثمن الزبيب ولا يكون لشريكه فى ذلك شىء». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٦: «يبيع الطالب كفا من زبيب أو نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب». وابن البزاز، ج ٦، ص ٣٤: «يبيع الدائن من المديون كذا من زبيب بمقدار ما يخصه من الدين ثم يبرئه عن نصف الدين القديم ويأخذ منه ثمن الزبيب فلا يشاركه فيه لعدم الشركة فيه». وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦٠: «يبيعه الطالب شيئا يسيراً بقدر نصيبه ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع». والحصكفى، ج ٤، ص ٦٦٣: «أو يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه». والهندية، ج ٢، ص ٣٣٨، عن المحيط: «رجلان لهما على آخر ألف درهم أراد أحدهما أن يأخذ نصيبه ولا شركة للآخر فيه قال نصير يهب ... وقال أبو بكر، يبيع من الغريم كفا من زبيب مثلا بمثل ما له عليه ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئه مما كان له عليه ثم يطالبه بثمن الزبيب لا بالدين». والسندى، ج ٩، ص ٤/١: «وقد ذكر الحموى، تبعا للخير الرملى، حيلة أحسن منها وهى أن يبيع من المطلوب كفا من زبيب بمائة درهم ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئه من نصف دينه القديم ويطالبه بثمن الزبيب فلا يكون لشريكه فيه شىء كما فى نوازل أبى الليث». وج ١٢، ص ٤٧٦ / ٢: «يعنى يجعل ثمن التمر بقدر نصيبه فلم يكن مقتضيا للدين بل آخذا ثمن المبيع ثم يبرئه بايع التمر وهو الطالب من دينه».

وفاته أن شرط ذلك وقوع المقاصة مع دين سابق على الدين المشترك (١٥٣) .

المطلب الرابع — التطبيقات

٣٢٧ — تحتوى مجاميع الفتاوى على بعض مسائل فى الدين المشترك .

والقرة ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ : « يبيعه شيئا يسيراً ولو كفا من زبيب » .

(١٥٣) وهو يسلك لذلك الطريق الآتى : يتوسط شخص ما بين الدائن والمدين ، فيعتبر المبلغ المدفوع قرضا أقرضه هذا الشخص للدائن بعد أن استقرضه من المدين، ويكون هذا الشخص بذلك دائنا للدائن ومدينا للمدين . بعد ذلك يحصل المدين على توكيل بقبض دين هذا الشخص على دائنه ، ويحصل معه على تصريح بالدفع بالمقاصة بسبب هذا الدين . فاذا دفع بالمقاصة انقضى الدين المشترك وامتنع الرجوع . ولكن ألم ينشأ دين هذا الشخص الثالث بعد الدين المشترك ؟ فى الواقع لا تمنع المقاصة هنا حق الرجوع ، خلافا لما قال الخصاف . انظر ص ٢٨ : « رجلان بينهما مال على رجل من ثمن شىء باعاه إياه فأراد أحدهما أن يقبض حصته من هذا المال ولا يشركه فيه صاحبه ما الحيلة فى ذلك وهما عبد الله ومحمد قال الحيلة فى ذلك أن يستقرض عبد الله من رجل خمسين دينارا ثم يقرض الذى عليه المال لعبد الله ومحمد وهو زيد هذا للرجل الذى أقرض عبد الله هذه الخمسين ديناراً خمسين ديناراً فقد صار لزيد على هذا الرجل خمسون ديناراً وصار لهذا الرجل على عبد الله خمسون دينارا ثم يقول هذا الرجل لزيد قد وكلتك بأن تقبض من عبد الله الخمسين ديناراً التى لى عليه وأجزت أمرك فى ذلك وجعلت لك أن تجعلها قصاصا بالخمسين ديناراً التى لعبد الله عليك فيقبل زيد الوكالة ثم يقول زيد بعد ذلك جعلت الخمسين ديناراً التى لعبد الله على قصاصا بالخمسين ديناراً التى للرجل الذى وكلنى وهو فلان على عبد الله فيكون ذلك قصاصا ولا يشترك محمد وعبد الله من قبل أن زيداً إنما هو مقتضى الخمسين ديناراً وليس بقاض لما عليه فلذلك لم يشترك محمد وعبد الله » .

والتوكيل قد يمنحه الدائن للشخص المتدخل . وفى هذه الحالة ينقضى الدين المشترك بالمقاصة مع ما يكون هذا الشخص مديناً به للمدين . ويمكن توجيه

على أن الاجوبة لاتبتعد قيد أنملة عن المبادىء المقررة . اما المسائل فهى بسيطة (١٥٤) .

الاعتراض عينه إلى هذه الحيلة . انظر الخصاف ، ص ٢٨ — ٢٩ : « قلت فما تقول ان قال عبد الله للرجل الذى أقرضه الخمسين ديناراً لك على خمسون ديناراً ولى على زيد خمسون ديناراً فقــــد وكلتك بقبض مالى على زيد وأجزت أمرك فيه وجعلت لك أن تجعل الخمسين ديناراً التى لى على زيد قصاصا بالخمسين ديناراً التى لزيد عليك فقال الرجل قد قبلت هذه الوكالة وقد جعلت ذلك قصاصــا قال يكون قصاصا ويكون الرجل هو المقتضى [واحب إلى أن يكون زيد هو المقتضى] ولا يكون قاضيا ولا يكون لمحمد أن يشرك عبد الله فى شىء من ذلك » . كذا فى المرجع بما فيه الأقواس . فى الواقع لا تخلو العبارة من الغموض . على أن النص قد روجع ووجد صحيحاً مع بعض الاختلاف اليسير . أما الأصول التى حصلت عليها المضاهاة فهى المخطوط رقم ١٥٤ ، وهو معروض بمتحف دار الكتب ويرجع تاريخه إلى القرن الخامس (سنة ٤٩٦ هـ) ، انظر ص ٢٠ / ١ — ٢٠ / ٢ . والمخطوط رقم ٣٦٣٩ج ، وهو محفوظ بمكتبة بلدية الاسكندرية ويرجع تاريخه إلى القرن السادس . والمخطوط رقم ١٠١٧ دار الكتب (انظر ص ٥٠ و ٥١) . ولم يذكر جمهور الفقهاء هذه الحيلة ، على أنها جاءت أيضاً فى كتاب سعيد بن على السمرقندى عن الحيل . انظر جنة الأحكام ، كتاب الشركة ، ص ٣٥٠ / ٢ .

(١٥٤) منها مسألة ظهر فيها تطبيق ما سبق بيانه من القواعد . (انظر فيما سبق نبذة ٢٩٥ وما بعدها) لمعرفة هل الدين مشترك أم لا . فتقول الفتوى أن المبلغ المطلوب للورثة بسبب قتل مورثهم خطأ ، يجب اعتباره دينا مشتركا بينهم لأنه ناشىء عن سبب متحد وهو فعل القتل . أما إذا كان القتل عمداً . فتقول الفتوى أن الدين لا يكون مشتركا ، ذلك أنه فى حالة القتل العمد لا يتولد عن القتل التزام مالى بل مجرد حق القصاص ، أما التعويض المالى فهو ينشأ عن صلح لاحق . ولما كان الصلح فى المسألة المعروضة قد صدر من أحد الورثة دون غيره فان المبلغ المطلوب للوارث الآخر لا يكون سببه الصلح بل الشرع . فالسبب إذاً ليس متحداً ، والدين يكون من أجل

ذلك غير مشترك. انظر الطرابلسى : الفتاوى الكاملية ، ص ١٥٧ : « سئلت عن ولدين قتل أبوهما عمداً فصالح أحدهما القاتل على ألف هل يجوز هذا الصلح وهل يشاركه الآخر فى الألف فالجواب نعم يجوز هذا الصلح ولا يشاركه الآخر فى الألف وان كان القتل خطأ يشاركه فى الألف لأن الدية وجبت لهما بسبب متحد فصارت مشتركة بينهما وأحد صاحبي الدين إذا صالح عن بعضه كان للاخر أن يشاركه فيما قبض فأما المال فى القصاص فوجب بعقد المصالحة وإنما انقلب عن الآخر مالا بعد عقد الصلح اﻫ من المحيط ». ويظهر أن المحيط . قد استقى هذه الحالة من الجامع الكبير . انظر المخطوط رقم ٧٤٠ ، فى باب شركة الرجلين .

وهناك مسألة أخرى وردت فى نفس المجموعة : يظهر منها أن العقد يجب أن يتم صفقة واحدة لكى يتوفر شرط الوحدة . انظر الطرابلسى ، ص ٥٣ : « سئلت عن شريكين فى فرس باعاه معا صفقة واحدة لزيد بثمن معين قبض أحدهما نصف الدين هل للآخر مشاركته فيما قبض فالجواب نعم قال فى الدر المختـــار الدين المشترك بسبب متحد ... » .

وبالعكس ، لا تقرر الفتوى الآتية صراحة : ما إذا كان العقد قد تم صفقة واحدة أم لا . فان كون المبيع مشتركا بين البائعين لا يكفى . كما رأينا (انظر فيما سبق نبذة ٢٩٥) لجعل دين البائعين مشتركا . ابن عابدين ، العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ : « سئل فيما إذا كان لزيد وعمرو بذمة بكر دراهم معلومة ثمن غنم مشترك بينهما قبض زيد من بكر المشترى نصف الثمن ويريد عمرو مشاركته فيما قبض فهل له ذلك الجواب الدين المشترك إذا قبض أحدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه إن شاء أو اتبع الغريم كما فى صلح التنوير فيسوغ لعمرو ذلك » .

وهناك أيضاً كثير من الابهام فى المسألة التى ذكرها الطرابلسى فى ص ٥٣ : « سئلت فى رجلين لهما دين على زيد فقبض منه أحدهما جانبا فهل للاخر مقاسمته فيما قبض فالجواب نعم له أن يشاركه فيما قبض كما فى نقول الكفوى عن الخانية » .

وفى اسعد المدنى الحسينى : الفتاوى الأسعدية ، ج ٢ ، ص ٢٣٨ ، مسألة عملية تبين ان الرجوع يكون مفيداً جداً فى بعض الأحوال : « سؤال فى رجل

ونرى من جهة أخرى عبارات كتب الشروط (١٥٥) تؤيد تماماً ما سبق

استدان من رجلين دينا ثم هرب عن البلد وسافر ثم ان الرجلين ارسلا خلفه من يأتيهما به والرسول عبد احد الدائنين وجعلا للعبد جعلا والكراء وكل مايحتاج اليه دفعاه له فذهب العبد ووجد الرجل وأخذ منه ما وجده عنده ولم يأت به والحال أن معه كتبا من حكام البلد فلما جاء به ادعى سيد العبد أن جميع ما جاء به عبده يكون له من جملة دينه وينفرد به فهل يكون كله [له] أم يكون بين الرجلين على قدر دينهما أم كيف الحكم افتونا الجواب ليس له أن ينفرد به بل يقتسمانه على قدر دينهما كما صرح فى البحر الرائق » .

واخيراً ، نجد فى الطرابلسى ، ص ٥٣ ، فتوى تقرر بجلاء أن لكل من الدائنين المطالبة بحصته فى غيبة الباقين ، والمسأله تفترض حالة الورثة : « سئلت عن ورثة لهم دين على زيد ورثوه من أبيهم فطلب أحدهم حصته منه حال غيبة سائر الورثة هل له ذلك فالجواب نعم له ذلك نقل الكفوى ما نصه ولاحد الشريكين أو لاحد الورثة أن يطلب نصيبه من الدين المشترك بسبب واحد حال غيبة الباقين » .

على أن يكون لهم حق الرجوع ، كما تقرر فتوى أخرى واردة فى ابن عابدين ، العقود ، ج ٢ ، ص ٦٣ : «سئل فيما اذا كان لورثة رجل دين موروث لهم عنه بذمة زيد فقبض بعضهم قدرا منه ويريد الباقى مشاركة القابض فيه فهل لهم ذلك الجواب اذا قبض احدهم شيئاً منه شاركه الآخر فيه ان شاء او اتبع الغريم كما فى التنوير ، من الصلح » .

(١٥٥) علم الشروط فرع من فروع الفقه . وقد عنى به الفقهاء الاولون . انظر فى محمد ، المبسوط ، مثلا ، فى كتاب المضاربة ، خط ٢٠٠ قوله . والطحاوى ، الجامع الكبير فى الشروط ، طبع شخت . والسرخسى ، المبسوط ، ج ٣٠ ، ص ١٦٧ . وقد تخصص فيه بعض الفقهاء وعرفوا باسم اصحاب الشروط او الشروطيين كابى زيد الشروطى ، وهلال بن يحيى . (انظر الطحاوى ، اذكار الحقوق ، ص ٤١) . وأنظر الفتاوى الهندية ، ج ٦ ، ص ٢٤٨ . والكاكلى ، الامثلة الشروطية ، خط ٣٨ بدار الكتب .

تقريره من القواعد (١٥٦).

المطلب الخامس ـ النصوص

٣٢٨ — وردت النصوص المتعلقة بالدين المشترك فى مجموعات (محمد)(١٥٧) بكتب الصلح، والشركة. والشهادات. وليس لهذه النصوص أصل

(١٥٦) فنى السرخسى، ج ٣٠، ص ١٨٤ : «ان اشترى دارا من ثلاثة نفر لاحدهم نصفها وللاخرين النصف كتب بعد ذكر الحدود اشترى منهم هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا من فلان كذاومن فلان كذا لان الانصباء قد تفاوتت والحكم يختلف باختلاف ذلك يعنى فيما يستوجب لكل واحد منهم من الثمن». وص ١٧٤ — ١٧٥ : «ان كان المشترى منه رجلين ... اهل الشروط يقولون يزيد فى هذا الكتاب اشترى منهما صفقة واحدة لان حكم العقد يختلف بالشراء من رجلين فى اتحاد الصفقة واختلاف الصفقة». والهندية، ج ٦، ص ٢٩٥ : «شراء الدار الموروثة من الورثة البائعين . . . هم يبيعون ذلك كله من هذا المشترى صفقة واحدة بالثمن المذكور فيه على أن الثمن بينهم على هذه السهام».

(١٥٧) قد سرد محمد تعاليم أبى حنيفة وأبى يوسف وتعاليمه الخاصة فى كتب ستة معتبرة الينبوع الأول للفقه الحنفى. وقد تمكنا من الرجوع اليها فى مخطوطات دار الكتب.

أما الجامع الصغير، فلم يرد به نص عن الدين المشترك. وأما المبسوط، فقد وردت فيه نصوص فى كتاب الصلح. ووردت نصوص أخرى فى كتابى الشركة والشهادات من الجامع الكبير. ومسائل المبسوط تختلف عن مسائل الجامع الكبير: أما الأولى فتبين على الأخص آثار الديون المشتركة، على أن بعضها عبارة عن أمثلة للديون المشتركة، وهى الأحوال البسيطة التى يكون الدين فيها مشتركا، وقد ذكرها جميع المؤلفين. أما الثانية فما ورد منها فى كتاب الشركة عبارة عن أمثلة لأحوال الديون المشتركة، غير أنها أحوال على شىء من التعقيد. ولم تذكر تلك

فى آية أو حديث . وقد جاءت هذه المجموعات[١٥٨] بمعظم المسائل التى اتت بها المؤلفات التى تلتها [١٥٩] .

الحالات لا فى كتاب الشركة ولا فى كتاب الصلح من المؤلفات المعتبرة ، كمؤلفات السرخسى ، والكاسانى ، والمرغينانى . وقد استقتها مجموعة الفتاوى الهندية ، من الذخيرة ، والظهيرية ، وخزانة المفتين،وبوجه خاص من المحيط . فقد أورد هذا المؤلف الأخير ، كشأنه فى كل موضوع ، مسائل الجامع الكبير تحت عنوان خاص بعد مسائل المبسوط . (انظر المخطوط ٦١٣ بدار الكتب) . وكذلك الأمر فى المسائل التى وردت فى كتاب الشهادات . وهذه المسائل تبين بعض الأحكام الثانوية للديون المشتركة . فيكون المؤلفون قد اتبعوا فى الغالب المبسوط .

أما مسائل الجامع الكبير فهى : (ا) رجوع الكفيلين . انظر الحاشية ٣٩ . (ب) رجوع الوكيلين . انظر الحاشية ٤٠ . (ج) رجوع المأمورين بالدفع . انظر الحاشية ٤٤ . (د) دين المؤجرين . انظر الحاشية ٣٠ . (ﻫ) دين التعويض الناشىء يوم صدور الحكم . انظر الحاشية ٤٩ . (و) حالة اجازة العقد المنعقد تحت شرط . الحاشية ٢٧ و ٢٨ . (ز) حالة قضاء الدائن الشريك للدين عن المدين . الحاشية ١٠٦ . (ح) الصلح عن جناية الصادر من أحد الورثة لمصلحة الجانى . الحاشية ١٥٤ .

(١٥٨) إذا نحن أحصينا جميع النصوص التى ذكرت فى الحواشى السابقة ، وجدنا عدد المسائل المأخوذة عن محمد يتجاوز الأربعين ؛ هذا مع العلم أن المسائل التى ذكرها الكاسانى ، فى باب الدين المشترك ، لا تصل إلى هذا العدد . وان السرخسى ، بعد مضى قرنين من تاريخ وضع المجاميع ، لم يذكر مسألة جديدة واحدة وان كان يجىء أحياناً برواية جديدة . والمرغينانى ، فى الهداية (٥٩٣ ﻫ) لا يضيف شيئا إلى الكاسانى . وكذلك ابن عابدين (فى القرن الثالث عشر الهجرى) .

(١٥٩) قد بحثت الكتب المعتبرة فى الدين المشترك تارة فى باب الصلح إتباعاً لنهج المبسوط . انظر القدورى (المتوفى سنة ٤٢٨ ﻫ). والسرخسى (سنة ٤٣٨ ﻫ) وقاضى خان (٥٩٢ ﻫ) . والمرغينانى (٥٩٣ ﻫ) . والنسفى (٧١٠ ﻫ) . وابن البزاز (٨٢٧ ﻫ) . والحلبى : الملتقى (٩٥٦ ﻫ) .والغزى ، التنوير (٩٩٥ ﻫ) . وطوراً فى

أما باقى المسائل (١٦٠) فهى رواية غير ظاهرة عن واضعى المـــذهب

باب الشركة إتباعاً لنهج الجامع الكبير . انظر الخصاف (٢٦١هـ). ورضى الدين السرخسى (٥٤٤هـ) . والعتابى (٥٨٦هـ) . والكاسانى (٥٨٧ هـ) . والفتاوى الهندية (١٠٧٠ هـ) . والفتاوى المهدية (١٣١٥هـ) .

ومن الواضح أن هؤلاء الأخيرين قد أحسنوا صنعا باستبعاد الدين المشترك من كتاب الصلح ؛ فهو فى الواقع غريب عنه . وقد خصص البعض كالمرغينانى ، فصلا خاصا لهذا البحث فى كتاب الصلح ، ولكن غالبهم ينتقلون إلى بحث الدين المشترك بمناسبة مسألة الصلح الصادر من أحد الدائنين الشركاء للمدين . وهذه هى الطريقة التى اتبعها محمد نفسه .

(١٦٠) وهذه المسائل هى : (ا) رجوع المشترين بثمن المبيع إذا وجد بالمبيع عيب أو استحق المبيع . انظر الحاشية ٣٥ . (ب) رجوع المشترين بالثمن إذا كان البيع باطلا . الحاشية ٥٠ . (ج) مسألة اتحاد الذمة . الحاشية ٦١ . (د) مسألة الوفاء المعجل . الحاشية ١٢٢ . (هـ) مسألة المقاصة فى حالة الصلح عن جناية . الحاشية ٨٩ . (و) مسألة المقاصة فى حالة الكفالة . الحاشية ٩١ .

وقد جاءت أيضا عن طريق غير ظاهر الرواية ، حلول جديدة لمسائل قديمة ، من ذلك : (ا) مسألة الوفاء بمقابل الذى اتخذ صورة عقد إجارة . انظر الحاشية ٨١ . (ب) مسألة الوفاء بمقابل الذى اتخذ صورة عقد نكاح . انظر الحاشية ٨٩ .

وقد جاء حل جديد لمسألة الجريمة التى تقع على شىء مملوك للمدين . ولكنه جاء لا عن طريق غير ظاهر الرواية بل عن طريق رواية أخرى معتبرة للجامع . انظر الحاشية ٩٣ .

وقد ترد عن طريق غير ظاهر الرواية حلول متفقـــة مع الحلول التى جاءت فى ظاهر الرواية . من ذلك مسألة الوفاء بمقابل الذى اتخذ صورة عقد النكاح . فقد روى الكاسانى أن فى غير ظاهر الرواية ورد عن الطريق عينه رأى لابى يوسف يتفق ورأيه الوارد فى مجاميع محمد . أنظر الحاشية ٨٩ . والكاسانى ج ٦ ، ص ٦٧ : « وروى بشر عنه [أى عن ابى يوسف] أيضاً أنه لايرجع وهو رواية محمد عن

انفسهم [١٦١]. فتكون المسائل غير المنسوبة الى هؤلاء الواضعين فى الواقع

أبى يوسف. وأنظر أيضاً مسألة الاجل فى الحاشية ٦٢ . ومسالة الجريمة فى الحاشية ٩٣ .

(١٦١) غير ظاهر الرواية هى الرواية التى جاءت فى كتب نسبتها لمحمد مشكوك فيها (الكيسانيات والهارونيات الخ) ، أو جاءت فى غير كتب محمد ، كالمجرد للحسن بن زياد . وقد تجىء من طرق أخرى فى مسائل خاصة فتنسب حينذاك لابن سماعة ، أو لغيره . (انظر قنالى زاده ، الرسالة) . ولا توجد هذه المؤلفات ، وعلى ذلك لاتعرف الرواية الغير ظاهرة الاعن طريق النقل ، فلا يمكن اذا اعتبارها الا بقدر ما يكون المؤلف الذى جاءت على لسانه محل ثقة ، ويعتبر زمنها زمن من جاءت على لسانه .

فى موضوعنا ، استقت الفتاوى الهندية المسائل الجديدة المذكورة فى الحاشية السابقة بعد (ا) و(ب) و (و) عن رضى الدين السرخسى (٥٤٤هـ) ؛ المحيط . ويشير هذا الفقيه الى الحاكم الشهيد (من القرن الرابع) ، المنتقى . وهذا المؤلف الأخير لايوجد ، والمعروف عنه انه أورد كثيراً من الروايات غير الظاهرة (انظر قنالى زاده ، رسالة) . وجميع هذه المسائل على انهـا قول أبى يوسف . أما المسألتان الواردتان بعد (د)و(هـ) ، فقد ذكرهما الكاسانى (٥٨٧هـ) ، ونسبهما لابن سماعة (٢٣٣هـ) العيون ، والنوادر (أنظر الحصيرى ، جـ ٧ ، فى الشركة . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٦٧ . و جـ٧ ، ص ١٩٦) . على أن القول قول ابى يوسف ، فى المسألة (د) وقول محمد ، فى المسألة (هـ) . وأخيراً نجد المسألة (جـ) قد ذكرها فقط الكاسانى(٥٨٧هـ) ، ونسبها لعلى بن الجعد (٢٣٢هـ) ، على ان القول قول ابى يوسف .

أما الحلول الجديدة للمسائل القديمة ، فقد أوردها السرخسى (٤٣٨هـ) . ومن بعده ذكرها اكثر المؤلفين . وهى منسوبة لابن سماعة (٢٣٣هـ) بالنسبة للمسألة (ا) ولبشر (٢٢٨هـ) بالنسبة للمسألة (ب) . والمسألة (ا) قول محمد ، والمسألة (ب) قول ابى يوسف .

أما الحل الذى جاءت به رواية ابى حفص ، فقد ذكره السرخسى ، ومن بعده

يسيرة[١٦٢] .

ويمكن القول اذاً ان النظرية كاملة البناء فى مجاميع (محمد) . واذا كان (محمد) لم يضع مبادىء عامة فى «مبسوطه»، فان الحلول التى وردت فيه تفترض وجودها حتماً . على أن (محمدا) نفسه قد جاء بشروح نظرية فى مؤلفه «الجامع الكبير» .

غيره من المؤلفين . وقد أورد رضى الدين هذه الرواية واورد معها رواية ابى سليمان . والاعتماد على هذه الاخيرة . (انظر رضى الدين السرخسى، المحيط ، ج ٦ ، ص ١/٧٠ . وانظر قنالى زاده ، الرسالة) .

(١٦٢) هى على وجه أخص الحيل التى تولدت من الاصطدام بالواقع . وقد اوردها السمرقندى (٣٧٥ هـ) فى النوازل . وهذا المؤلف قد حوى المسائل التى ظهرت وحلت بعـــد وضع مجاميع محمد . (انظر قنالى زاده ، الرسالة) . لذلك لاتنسب الحلول لواضعى المذهب ولكن لفقهاء عاشوا فى ذلك العصر ، كنصير (انظر قنالى زاده) . وقد استقى المؤلفون من هذا الكتاب الحيل الخاصة بموضوعنا . (انظر ما ذكره السندى ، بالحاشية ١٥٢) . وكذلك حيل الخصاف (٢٦١ هـ) لم تذكر فى محمد ، فيما عدا حالتين (انظر فيما سبق الحاشية ١٥١ فى آخرها و ١٥٠ فى آخرها) ولم ينقلها عنه الفقهاء .

ويجب الا ننسى مع ذلك أننا قد عثرنا فى مجاميع محمد أيضاً على بعض الحيل . وهذه الحيل مبنية على الفكرة عينها التى أملت الحيـل الاخرى . انظر فيما سبق الحاشية ١٥١ والحاشية ١٥٠ .

واخيراً قد عثرنا فى كتب الفقهاء ببعض مسائل أخرى لم ترد فى مجاميع محمد ، وهى : (ا) مسألة الكفـالة المشترطة لصالح أحد الدائنين . أنظر الحاشية ٥٧ . وقد ذكرت فى برهان الدين (حوالى ٥٣٠ هـ) ، الذخيرة . وفى الفتاوى الهندية (١٠٧٠ هـ) ، عن الذخيرة . (ب) مسألة الرهن المشترط لصالح أحد الدائنين . ذكرت فى برهان الدين (٥٣٠هـ)، الذخيرة . ورضى الدين (٥٤٤هـ)، المحيط . والعتابى (٥٨٦ هـ) . والكاسانى (٥٨٧ هـ) . انظر الحاشية ٥٧ . (ج) مسألة الحوالة بالدين . وقد

فالنظرية اذاً لم يصبها مع الزمن تغيير ما ، الا انه قد وجدت بشأنها اتجاهات مختلفة فيما بين واضعى المذهب انفسهم وتتعلق هذه الاختلافات ببعض النقط التفصيلية ولا تؤثر فى المبادئ . وهى تظهر مع ذلك ما انطبع عليه فقه (ابى يوسف) من النزعة العملية (١٦٣) .

ذكرت فى السرخسى (٤٣٨هـ) فى سياق شرحه . وذكرت ايضاً فى برهان الدين (٥٣٠ هـ) ، الذخيرة . والعتابى . والحصيرى (٦٣٦هـ) . وفى الفتاوى الهندية ، عن الذخيرة . انظر الحاشية ٥٨ . (د) مسألة العبد المغصوب أو المرهون أو المشترى بعقد فاسد اذا فقد عينه . وقد ذكرت فى العتابى (٥٨٦ هـ) . والكاسانى (٥٨٧هـ) . والفتاوى الهندية ، عن ظهير الدين (٦١٩ هـ) ، الظهيرية (وهذا المؤلف كما يقول فى كشف الظنون ، جـ ٢ ، ص ١٦٦ ، قد ذكر المسائل التى ظهرت بعد وضع مجاميع محمد) . انظر الحاشية ٩٤ . (هـ) مسألة هلاك العبد المشترى بعقد فاسد . وقد ذكرت فى رضى الدين (٥٤٤ هـ) . والعتابى . والكاسانى . والمرغينانى (٥٩٣هـ) . والزيلعى (٧٤٣ هـ) . انظر الحاشية ٩٥ . (و) مسألة هلاك الشىء المقبوض . وقد ذكرت فى العتابى ، والكاسانى . وحالة الهلاك بقوة قاهرة . ذكرت فى الحصيرى (٦٣٦ هـ) فى سياق شرحه . وفى الفتاوى الهندية ، عن القنية . انظر الحاشية ١٠٥ . (ز) مسألة الرجوع بنقصان العيب . وقد ذكرت فقط فى العتابى . انظر الحاشية ٤٩ فى آخرها .

على أنه لا يمكن الجزم ان هذه المسائل لا توجد فى مواضع أخرى من مجاميع محمد . الا انها على أى حال تنسجم مع النظرية ، كما ظهرت هذه النظرية فى المجاميع .

(١٦٣) وقع الخلاف على المسائل الآتية : (ا) حق الدائن الشريك فى منح المدين أجلا . انظر النبذة ٣٠٥ والحواشى ٦٢ — ٦٦ . (ب) حق الدائن الشريك فى الحصول على حكم بجميع المبلغ . النبذة ٣٠٦ والحاشية ٧٠ . وقد خول الدائن هذين الحقين فى فقه ابى يوسف ومحمد خلافا لابى حنيفة . (ج) رجوع الدائن الشريك اذا كان الوفاء بمقابل قد اتخذ صورة الاجارة . فقد رأى محمد أن المنفعة ليست بمال . الحاشية ٨١ . (د) رجوع الدائن الشريك اذا اتخذ الوفاء بمقابل

هذا عن المسائل وحلولها . اما فقه النظرية فقد نما على مرور الزمن كأثر لما قام بين الشراح من الجدل (١٦٤) .

صورة النكاح ، فان محمداً لا يقول بالرجوع الا اذا كان قد اشترط مبلغ معين كمهر . وقد ابتعد ابو يوسف عن هـــذه الشكلية بتقريره أن النكاح المعقود فى مقابل « حصة » الدائن كمهر يكون سبباً للمقاصة كما لو كان قد ذكر بالعقد مبلغ معين . الحاشية ٨٩ . وفى هاتين الحالتين الاخيرتين لاخلاف الا اذا أخذ بما جاء فى غير ظاهر الرواية . (ه) حق الرجوع اذا احرق الدائن الشريك شيئا مملوكا للمدين . فقد ذهب أبو يوسف الى انه لا رجوع لانه لم يقع اثراء . أما محمد فقد تمسك باهداب المبادىء . انظر الحاشية ٩٢ . وهذا الخلاف أيضاً لا يعتبر قائما الا اذا أخذ بما جاء فى رواية أبى حفص .

لا يوجد فى موضوع الدين المشترك آراء لغير الامام الأعظم وصاحبيه العظيمين . ولكن هناك رأياً لصاحب آخر هو زفر ، فى مسألة الصلح . وهو رأى ظاهر الجود . انظر الحاشية ٨٨ . وقد أورده الشلبي (من القرن العاشر) فى حاشيته ولم يذكر مرجعاً .

ويلاحظ أخيراً أن الجامع الكبير ، قد ذكر خلافا بين أبى يوسف ومحمد ، على مسألة رجوع الكفيلين على المدين (انظر الحاشية ٣٩) . ثم انه فى نفس الجامع الكبير ذكر أنه لم يعد هناك خلاف على هذه المسألة لانضمام محمد إلى رأى أبى يوسف . ومع ذلك نجد الفتاوى الهندية ، التى نقلت عن خزانة المفتين والظهيرية ، لا تذكر غير رأى محمد الأول . على أن هذا الانقلاب من رأى إلى آخر كثيراً ما يحدث . وهناك مثل آخر لذلك ، نجده فى مسألة حق الدائن فى الحصول على حكم بجميع المبلغ . انظر الحاشية ٧٠ . وقال ابن قاضى سماوة : « وذكر ... مايدل على رجوع أبى يوسف إلى قول أبى حنيفة » .

ويلاحظ أخيراً أيضاً أن جميع المسائل الجديدة التى جاءت عن طريق غير ظاهر الرواية قد نسبت لأبى يوسف . انظر الحواشى السابقة .

(١٦٤) من ذلك نظرية الحصيرى ، فى شروط وحدة العقد المنشىء للالتزام

ويلاحظ اخيراً أن بعض المسائل قد فقدت على مايظهر شيئا من أهميتها بفعل الزمن ايضاً (١٦٥) .

المشترك . انظر النبذ ٢٩٦ — ٢٩٩ وحواشيها . وشروح الجصاص على طبيعة حق الرجوع ، والطبيعة القانونية للدين المشترك . وكذلك شروح الكاساني ، والبابرتي ، وقاضي زاده . انظر الحواشي ١٢٦ و١٢٧ و١٢٨ و١٣١ و ١٣٢ و ١٣٩ و١٤٠ . وشروح الجصاص ومن تلاه من الفقهاء ، عن طبيعة التنازل عن حق الرجوع . انظر الحواشي ١١٠ و ١١٣ و ١١٤ .

ومن جهة أخرى نلاحظ أن هؤلاء الأخيرين يضعون بجلاء بعضاً من القواعد . من ذلك تعريف الدين المشترك . انظر الحاشية ٢٢ . وقاعدة أن شرط الرجوع اثراء الدائن . انظر الحاشية ٧٧ . وأن موضوع الرجوع عين المقبوض . انظر الحاشيتين ٩٦ — ٩٧ .

(١٦٥) من ذلك ، أن الكاساني (٥٨٧هـ) لم يذكر الهبة بجانب الابراء من الدين . انظر الحاشية ٥٤ . والكاساني ، ج ٦ ، ص٦٦ ، بالحاشية ٥٣ . وكذلك لم يسرد الكاساني ، بعض اشكال براءات القبض لتميزها عن الابراء . انظر في ذلك محمداً ، المبسوط ، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب أو أبرأه منها أو حلله لم يكن لشريكه عليه ضمان في ذلك ولو قال قد برئت إلى من خمسمائة كان هذا إقراراً بالقبض وكان لشريكه عليه مايتا درهم وخمسون درهما وكذلك إذا كتب له براءة لفلان من خمسمائة درهم فهو مثل قوله قد قبضتها » .

ولم يذكر الكاساني ، حالة تفرق الصفقة بذكر نوعين من النقود . انظر الحاشية ٣٤ .

ولكن نجد مع ذلك أن رضي الدين السرخسي (٥٤٤هـ) يذكر حالة الهبة بجانب الابراء من الدين . انظر رضي الدين ، ج ٦ ، ص ٦٩ / ٢ . وأن البابرتي (٧٨٦هـ) قد ذكر من جديد حالة تفرق الصفقة التي أهملها الكاساني . انظر البابرتي ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ . وان ابن عابدين (القرن الثالث عشر) لا يزال يميز بين براءة القبض وبراءة الاسقاط . انظر ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٢٣٣ : « الابراء ... نوعان براءة قبض واستيفاء وبراءة اسقاط فاذا أطلقت تحمل على الأول لانه أقل فكأنه قال ابرأتك براءة قبض واستيفاء » .

ملحق ١

الاصطلاحات اللفظية

(١) قد عبر الفقهاء عن الالتزام الذى يكون موضوعه مبلغاً من المال أو أشياء أخرى مثلية بال « دين المشترك » اذا كان الملتزم لهم متعددين . وقديستعمل لفظ « دين » للتعبير عن الالتزام من ناحيته الموجبة . (يقارن ذلك مع استعمال لفظ « obligation » فى الاصطلاح القانونى الفرنسى) . فنى الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٠ ، س ٦ : « دين لهما اداناه» . وفى ابن عابدين ، العقود ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ : « فأخذ زيد منهم قدراً من دينه الخاص به » . ويشعر ذلك بما للناحية السالبة من السيطرة على تفكير الفقهاء . وهو ما يلاحظ أيضاً فى استعمال لفظ « الغريم» ، فقد يرد هذا اللفظ — ويعبر به فى الاصل عن المدين — بمعنى الدائن . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « ان أحد الغريمين اللذين لهما المال » .

أما محمد ، فبدلا من أن يقول الدائن والمدين ، يقول « لرجلين على رجل» . انظر المبسوط ، ص ٢/٣٨٥ . على أنه قد يستعمل مع ذلك لفظ « الغريم » بمعنى المدين . انظر المبسوط ، ص ٢/٣٨٥ : « استأجر أحدهما بحصته منها داراً من الغريم » . والجامع الكبير ، ص ١/٩٤ : « أديا المال عن الغريم » .

أما الكاسانى، فقد استعمل لفظى « الطالب » و « المطلوب » . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « احد الطالبين اذاشج المطلوب » .وكثيراً ما يكرر هذين اللفظين . انظر ج ٦ ، ص ٦٧ . ولفظ « الطالب » يوجد أيضاً فى الحصيرى (٦٣٦هـ) ، ج ٥ ، فى الشركة . وفى الزيلعى (٧٤٣هـ)، ج ٥ ، ص ٤٦ . وفى ابن نجيم (٩٧٠ هـ) ، ج ٧ ، ص ٢٦٠ . وفى السندى (القرن الثالث عشر) ، ج ١٢ ، ص ٢/٤٧٦ . ولفظ « المطلوب » يوجد فى السمرقندى (٣٧٥هـ)، ص ٢/٧٩ . وفى السرخسى (٤٣٨هـ) ، ج ٢١ ، ص ٤١ ، س ١٠ . وفى رضى الدين السرخسى (٥٤٤هـ) ، ج ٦ ، ص ١/٧٠ . ومن النادر العثور على لفظ « الدائن » ، فهو مستعمل بالاخص عند المتأخرين . انظر ابن البزاز (٨٢٧هـ)، ج ٦ ،

ص ٣٤ . واسعد المدنى (١١١٦هـ) ، جـ ٢ ، ص ٢٣٨ . والسندى (القرن الثالث عشر) ، جـ ٩ ، ص ٣/٢ . وبالعكس فان لفظ «المديون» كثير الاستعمال . انظر السرخسى (٤٣٨هـ) ، جـ ٢١ ، ص ٤٠ . وقاضى خان (٥٩٢هـ) ، جـ ٢ ، ص ٣٦٩ . وابن قاضى سماوه (٨٢٣هـ) ، جـ ١ ، ص ٥٠ ، س ٦ . وابن البزاز (٨٢٧هـ) ، جـ ٦ ، ص ٣٤ . والخوارزمى ، الكفاية ، جـ ٧ ، ص ٤٠٦ . والسندى (١٢٥٧هـ) ، جـ ٩ ، ص ٣/٢ . وعلاء الدين عابدين (١٣٠٦هـ) ، جـ ٢ ، ص ٢٤٠ . على أن لفظ « الغريم » هو الاكثر شيوعاً للتعبير عن المدين . انظر السمرقندى . ص ٢/٢٥٥ . ورضى الدين السرخسى (٥٤٤هـ) ، جـ ٦ ، ص ١/٦٩ . والعتابى (٥٨٦هـ) ، ص ٢/١٣٢ . والحصيرى (٦٣٦هـ) ، جـ ٥ ، فى الشركة . وابن عابدين (القرن الثالث عشر) ، العقود ، جـ ٢ ، ص ٢٢٢ . كما ان لفظ « الطالب » هو المستعمل فى الغالب للتعبير عن الدائن . ومع ذلك فقد يعبر عن الدائن بعبارات أخرى ، «كرب الدين» . انظر السندى (١٢٥٧هـ) جـ ٩ ، ص ٣/٢ . و « صاحب الدين » . انظر الطرابلسى (١٣٠٨ هـ) ، ص ١٥٧ .

وفى دراسة اصطلاحات الفقه الاسلامى ، يلزم ملاحظة أن النقول لا تحتفظ دائما بالالفاظ التى عبر بها المؤلف عن فكرته . مثال ذلك ، جاء فى الفتاوى الهندية ، جـ ٢ ، ص ٢٣٨ ، نقلا عن المحيط : «قال أبو بكر يبيع من الغريم» ، مع أن المرجع الأول لهذا النص وهو السمرقندى ، النوازل ، ص ٢/٢٧٩ ، قد جاء فيه : « سئل أبو بكر ... قال ... يبيع من المطلوب » . ولكن جاء فى السندى ، جـ ٩ ، ص ١/٤ ، نقلا عن الحموى : « يبيع من المطلوب ... كما فى نوازل ابى الليث » .

(٢) للتعبير عن الدائن الذى لم يقم بمطالبة المدين ، يستعمل الفقهاء عبارة « الدائن الساكت » . انظر رضى الدين ، جـ ٦ ص ٦٩ / ١ . والحصيرى ، جـ ٣ ، ص ٣٦ من الشهادات . والشلبى ، جـ ٥ ، ص ٤٥ . وقاضى زادة ، جـ ٧ ، ص ٤٠٤ . وتقابل تلك العبارة ، عبارة « الدائن الشاهد » ، كما جاء فى محمد ، الجامع الكبير ، ص ١/٨٨ . وقد يستعمل فى نفس المعنى لفظا « الحاضر » و « الغائب » . انظر محمد ، الجامع الكبير ، ص ٢/٨٩ — ١/٩٠ .

(٣) مطالبة الدائن الشريك للدائن القابض ، يعبر عنها « بالرجوع » . انظر

محمداً ، الجامع الكبير ، ص ٩٠/٢ . والمبسوط ، ص ٣٨٥/١ . والجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٣/١ . والسرخسى ، ج ٢١ : ص ٤٠ . وروضى الدين ، ج ٦ ، ص ٧٠/١ . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٨ . والزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٦ . والمستعمل هو الفعل « رجع » .

وقد يستعمل مع ذلك فعل « ضمن » ، ولفظ « الضمان » . أنظر محمداً ، ص ٣٨٥/٢ : « لم يكن لشريكه عليه ضمان فى ذلك » . و ص ٣٨٥/١ : « لا يضمن لشريكه شيئا لانه لم يقبض » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٦ : « من شرط وجوب الضمان عليه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة » . والقدورى ، ص ٦٧ . ولكن عند استعمال لفظى « ضمن » و « ضمان » ، لا يكون موضوع حق الرجوع عين المقبوض .

ويلاحظ أخيراً أنه قد عبر عن التنازل عن حق الرجوع بلفظ « التسليم » . انظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨١/١ . والمرغينانى ، ج ٧ : ص ٤٠٤ . والزيلعى ج ٥ ، ص ٤٠٦ . ويسمى الخصاف ، (انظر ص ٢٩—٣٠) المتنازل « المسلم » .

ملحق ٢

ملاحظات على التقنينات

(١) المجـــلة (١٢٨٦ — ١٢٩٣ هـ)

وردت احكام الدين المشترك فى الكتاب العاشر من المجلة ، وهو كتاب الشركة . وقد جاءت فى اثنتين وعشرين مادة ، هى عبارة عن الفصل الثالث للباب الاول من كتاب الشركة . وقد خص هذا الباب باحكام شركة الملك .

أما المادة الاولى ، فقد عرفت الدين المشترك . ثم جاءت بالمواد ١٠٩٢—١٠٩٨ امثلة لحالات الدين المشترك . ولا يعيب المجلة انها لم تأت بجميع الحالات التى ذكرها الفقهاء ، فهى قد وقعت فى محظور آخر ، وهو الاكثار من الامثلة . وبالمادة ١٠٩٩

تعريف آخر ، وهو تعريف الدين غير المشترك . ثم تأتى أخيراً بالمواد ١١٠٠ — ١١٠٢ الأحكام العامة . ويجب أن يلحق بها المادتان ١١٠٥ — ١١٠٦ ، فهما أيضاً تضمان قواعد عامة ، ومع ذلك فقد وردتا بعد المادتين ١١٠٣ — ١١٠٤ ، وليس فيهما سوى سرد للاحوال التى يكون أو لا يكون فيها الرجوع جائزاً . ويظهر أن المقنن قد استبعد عمداً حالتى النكاح، والصلح عن جناية .

ملاحظات موضوعية — (ا) جاء بالمادة ١١٠٠ : « ... وفى غيبة أحد الدائنين عند مراجعة الدائن الآخر الحاكم وطلب حصته من المديون يأمر الحاكم ذلك المديون بأداء حصته » . ولا تظهر فائدة هذا النص ما دامت الفقرة السابقة عليه تقرر أن ا « كل واحد من الدائنين ... طلب حصته من المديون » . ولا يقال أن تدخل القاضى قد اشترط لحالة الغيبة ، فانه لو فرض أن المدين قد دفع فى هذه الحالة بدون أمر القاضى فان الدائن الغائب لا يستطيع أبداً عند حضوره مطالبته بأكثر من حصته وهى لا تزال فى ذمته . ثم ان حق الدائن الشريك فى الرجوع على الدائن القابض ثابت له على كل حال ، فلا يمكن أن يؤثر فيه الالتجاء إلى القاضى . ونرى أن محاولة المحاسنى تفسير هذا النص غير مقنعة (انظر المحاسنى ، شرح المجلة ، ج ٣ ، ص ٢٤) .

(ب) المادة ١١٠٥ قد أساءت فى التعبير . فان من الخطل استعمال لفظى «أجاز» و « عدم إجازة » فى هذا المجال . وقد رأينا أن الفقهاء قد عبروا عن هذا بلفظ «التسليم» ،وهو يفيد التنازل . وكذلك فى استعمال عبارة « هلك الدين » شىء من الغموض ، فان الفقهاء قد استعملوا هنا لفظ « التوى » وهو يفيد الاعسار . على أن أهم ما يؤخذ على هذه المادة أنها لم تبين أن حق الرجوع بعد الاعسار لا يكون موضوعه عين المقبوض .

(ج) تكلمت المادة ١١١١ عن حالة المقاصة ، ولكنها توهم خلاف الحقيقة . ذلك أن الرجوع ليس جائزا فى جميع الحالات التى يكون لحق مال المدين فيها ضرر . فقد رأينا أن من شروط الرجوع الاثراء . انظر الحاشيتين ٩٣ و ٩٤ . وقد يكون المقنن أراد الأخذ بقول محمد ، كما جاء فى رواية أبى حفص ، ولكن لماذا لم يذكر

شيئا عن الضرر الذى قد يصيب المدين فى نفسه ؟ .

(د) وهناك أيضاً نقص آخر . فقد أغفلت المادة ١١٠١ قاعدة هامة ، وهى وجوب تناول الرجوع عين المقبوض . صحيح أن المسألة المذكورة بالمادة ١١٠٢ تفترض وجود هذه القاعدة ، إلا أن نصا صريحا عن القاعدة لا يوجد بها ولا بغيرها من المواد .

(ه) قد تثير المسألة التى ذكرتها المادة ١١٠٦ شيئا من الجدل . صحيح أنها ذكرت فى الحصيرى ، وفى الفتاوى الهندية ، انظر الحاشية ١٠٥ . وليس هناك من نص يعارضها صراحة . غير أنها قد أوجدت بعض الشكوك ، كما يرى ذلك فى السويدى ، كتاب الشركة ، وهو شرح للمجلة ، انظر ص ٤٧ .

(و) ويلاحظ أخيراً أن المادة ١٠٩٧ قد أخذت برأى محمد ، فى مسألة الكفالة ، رغم أنه كما رأينا قد انضم إلى أبى يوسف . انظر الحاشية ٣٩ . ويلاحظ أيضاً أن المادة ١١١٢ قد أخذت برأى أبى حنيفة فى مسألة الأجل : غير أنها لم توضح أن الدائن فى هذا الرأى محروم من حق منح الأجل حتى بالنسبة لحصته هو .

(٢) مرشد الحيران

وضع هذا التقنين قدرى باشا . وقد طبعته وزارة المعارف فى سنة ١٨٩١م . وليست له مع ذلك أية صبغة رسمية .

خلت الطبعة الأولى من نصوص فى الدين المشترك ، فقد جاءت هذه النظرية ضمن بضعة مواد سلمها ورثة قدرى باشا للوزارة مخطوطة بعد صدور الطبعة الأولى . وقد ظهرت الترجمة الفرنسية لهذه المواد أولا ، أما النص العربى فقد طبع فى سنة ١٩٠٩ م . (انظر قدرى باشا ، مواد مكملة) . والمواد التى تخص الدين المشترك منها هى المواد ١٦٨ — ١٨٩ . وهى عبارة عن الفصل الأول لكتاب المداينات أو الالتزامات .

(ا) عرفت المادة ١٦٩ الدين المشترك ، وجمعت الحالات التى سردتها المجلة فى أربع مواد (١٠٩٢ — ١٠٩٥) . غير أن حالة أخرى قد وردت منفردة بالمادة

١٧١ ، وقد كان الاجدر الحاقها بالحالات الأولى . وعلى العكس هناك حالة ذات أهمية قد أغفلت ، وهى مسألة بيع شيئين مختلفين . وعدم النص على هذه الحالة يعتبر نقصاً ، لان المادة قد نصت على حالة بيع مال مشترك ، ولما كانت جميع الحالات الاخرى يشترط فيها الاشتراك فى الملك ، فقد تنشأ فى الذهن فكرة خاطئة عن سبب الاشتراك .

(ب) يظهر أن واضع المرشد قد تتبع عن كثب خطوات المجلة . فقد تأثرت المادة ١٧٣ بالمادة ١١٠٠ التى تقابلها ، وهى تستدعى لذلك نفس الملاحظات . (انظر مع ذلك أبا الفتح ، المعاملات : وهو كشرح للمرشد ، ص ١١٩ — ١٢١) . وكذلك الأمر فى المادتين ١٧٦ و١٧٧ ، فمن الواضح تأثرهما بالمادتين ١١٠٦ و١١١١ . على أن المرشد ، فى الواقع ، أكثر رعاية للنصوص من المجلة ، وهو كثيراً ما يصحح اغلاطها . من ذلك أن المادة ١٧٤ — وقد جمعت بحق فى صعيد واحد نصوص المادتين المقابلتين من المجلة (١١٠١ و١١٠٥) — تقرر بجلاء أن موضوع الرجوع يجب أن يكون عين الشىء المقبوض وفى حالة الاعسار شيئاً مماثلا . وقد استعملت المادة لفظ « سلم » بدلا من « اجاز » للتعبير عن التنازل . ويلاحظ أخيراً على هذه المادة أنها أخذت صراحة برأى أبى حنيفة ، بخصوص الاعسار . فيلزم طبقاً لهذه المادة أن يكون المدين قد توفى معسراً لكى يستطيع الدائن الشريك الرجوع على القابض . وكذلك قد صححت المادة ١٧٥ المادة ١١٠٢ . فقد كانت هذه المادة الاخيرة قد أغفلت النص على حالة التصرف فى الشىء المقبوض ، مع ما لهذه الحالة من الاهمية فى تحديد طبيعة حق الرجوع .

والحالات التى وردت فى مرشد الحيران ، هى اكثر عدداً من تلك التى وردت بالمجلة . ولكنها وضعت فى عدد أقل من المواد . من ذلك أن المرشد ، دون المجلة ، أورد حالتى الابراء الجزئى والكفالة (المادة ١٧٩) .

(ج) على أن المرشد ، قد اخطأ فى المادة ١٨٧ . ذلك أنه ، وقد أخذ برأى الصاحبين فى مسألة الأجل ، قد قصر هذه القاعدة على حالة الميراث . واخطأ أيضاً اذ تكلمت المادة ١٧٦ عن وقوع مقاصة فى حالة هلاك الشىء المقبوض بين يدى القابض وقد أصبح ملكه .

(د) ويؤخذ أيضاً على مرشد الحيران ، كثرة التكرار . من ذلك أن المادة ١٧٠ قد أتت بتعريف للدين غير المشترك بعد أن كانت المادة ١٦٩ قد عرفت الدين المشترك ، وقد كان يمكن استنتاج التعريف الاول بمفهوم المخالفة . وكذلك يقال عن المادة ١٧٢

ولم يكن هناك أيضاً ما يدعو الى النص بالمادة ١٨٢ على أن للدائن حق اتباع المديون بعد تقرير هذه القاعدة العامة بالمادة ١٧٤ .

(هـ) المواد ١٨٦و١٨٨و١٨٩ لامحل لها فى باب الدين المشترك . أما المادة الأولى فلان الاشتراك فيها ناشىء عن مجرد ظرف طارىء وهو عدم وفاء التركة بالديون . أما المادتان الاخريان فقد جاءتا بقواعد خاصة بعقدى الشركة (١٨٨) والقرض (١٨٩) .

وفى الجملة، يتضح مما تقدم أن المجهود الذى بذل فى تقنين أحكام الدين المشترك لم يوفق لا فى المجلة ، ولا فى المرشد . وأن جل ما وصل اليه واضعو هاتين المجموعتين هو وضع النصوص المشهورة فى شكل مواد . أما المسائل فقد بقيت على أنها مسائل ، ولم يحاول أحد اخضاعها لقاعدة أو تنسيقها . فقد سردت هذه المسائل دون مراعاة ترتيب خاص وبغير أن تربطها رابطة . ولما كانت المجلة قد أضافت الى المسائل شيئاً من التفسير فهى قد وقعت فى محظور آخر ، اذ من المعلوم ان التقنين يجب أن يكون خلوا من كل شرح ، كما يجب عليه الترفع الى المظان الكلية .

ملحوظات على ترجمة المجلة والمرشد — قد استعمل مترجم المرشد عبارة « créance commune » (انظر ص ٤٥ وما بعدها) للتعبير عن الدين المشترك . واستعمل مترجم المجلة عبارة « créance commune ou conjointe » (انظر YOUNG, Corps de droit ottoman) . أما ترجمة المرشد المشهورة باسم Statut Réel فلا يصح الاعتماد عليها . وقد ارتكب المترجم فى باب الدين المشترك أغلاطا كثيرة وجسيمة :

(١) المادة ١٧٠ . يجب استبدال بعبارة « ce bien » عبارة « le prix » . (٢) المادة ١٧٥ . يستبدل بلفظ « égale » لفظ « proportionnelle » . (٣) المادة

١٧٧ . تحذف عبارة «dans la créance» . (٤) المـــادة ١٧٤ . تحذف عبارة « par exemple » . (٥) المادة ١٧٦ . سقطت ترجمة عبارة باكملها . ويلفت النظر الى أن ترجمة المواد ١٧٩ الفقرات ٢و٣و٤ و١٨٦و١٧٤و١٨٢ جد سقيمة .

وفى ترجمة المجلة (YOUNG) ، يلزم اضافة العبارة الآتية « en l'absence des autres» الى المادة ١١٠٠ الفقرة الثانية ؛ وذلك بعد لفظ « créancier » .

تقنينات أخرى — فى قانون الالتزامات التونسى (سنة١٩٠٦م) والمراكشى (١٩١٣م) جاءت نظرية الدين المشترك فى صورة التضامن بين الدائنين . انظر المواد ١٦٣ — ١٧٣ من القـانون التونسى ، والمواد ١٥٣ — ١٦٣ من القانون المراكشى ، والنصوص واحدة فى القانونين .

على انه من الصعب الاستعراف على نظرية الدين المشترك فى هذه المواد . والظاهر انها قد تعمدت تغييرها . ومع ذلك فان للفقه الاسلامى أثرا فيها . ولا سيما فى المواد ١٦٣/١٥٣ و١٦٥/١٥٥ الفقرة الاخيرة و ١٧١/١٦١ . أما المادة ١٧٢/١٦٢ فاثره فيها اظهرما يكون ، وقد جاء فيها أن ما يقبضه أحد الدائنين سواء على أنه قضاء للدين أو على سبيل الصلح يكون مشتركا بينه وبين الدائنين الآخرين فيتزاحم الجميع بنسبة حصصهم . واذا حصل أحد الدائنين على كفـالة أو حوالة بالنسبة لنصيبه يشترك الدائنون الآخرون فيما يدفعه الـكفيل أو المحويل . وكذلك المادة ١٧٣ / ١٦٣ .

وقد اشارت الحواشى الواردة بهامش القانون المراكشى (انظر Codes et Lois en vigueur dans le Protectorat Français du Maroc, t. I,Paris,1914) الى الدر ، وابن نجيم ، والهندية ، والمجلة ؛ والمرشد . وجميع المواضع التى تشير اليها متعلقة بالديون المشتركة .

تقنين آخر — قد حاولنا وضع القواعد العامة التى أمكن استنتاجها خلال بحثنا فى شكل مواد . فيكون ذلك تقنينا ابتعد عن عيوب التقنينات التى سبقته ، فهو يحافظ تماماً على الحلول التى جاءت بها نصوص كتب الفقه ، ولايحوى غير قواعد عامة تحكم فى الواقع جميع الحالات التى وردت فى تلك النصوص . وها هو التقنين :

المادة الاولى — يكون الدين مشتركا بين عدة أشخاص اذا نشأ عن واقعة قانونية واحدة. ولا يكوّن العمل القانونى وحدة إذا كان يقبل التجزئة. وقد يكون الاشتراك نتيجة لطبيعة الأشياء.

المادة الثانية — لكل من الدائنين أن يطالب المدين بحصته. وله كذلك أن يتصرف فيها.

المادة الثالثة — يجوز لأحد الدائنين فى الدين المشترك أن يمنح المدين أجلا لوفاء ما يخصه فى الدين.

المادة الرابعة — للدائن فى الدين المشترك أن يطالب بجميع الدين، على أن لا يقبض إلا حصته فيه. ويقبض الباقون معه كلّ حصته.

المادة الخامسة — يرجع شركاء الدائن عليه إذا قبض نصيبه كلا أو بعضاً. ويكون رجوعهم بعين الشئ المقبوض وبنسبة حصصهم.

المادة السادسة — يكون الرجوع مقبولا أيضاً إذا كان قضاء نصيب الدائن قد حصل بطريقة أخرى تقوم مقام الوفاء، بشرط أن تكون ذمة الدائن المالية قد أثرت.

وفى الأحوال التى لا يكون الدائن قد قبض فيها عين الشئ الواجب أداؤه يرجع الشركاء عليه بما يماثله.

المادة السابعة — إذا قبل الدائن وفاء عن دينه شيئا قيمته أقل من قيمة الشئ الواجب أداؤه يكون موضوع الرجوع الشئ المقبوض مالم يختر الدائن القابض الاحتفاظ به.

المادة الثامنة — إذا تصرف الدائن فى المقبوض أو استهلكه يطالبه

شركاؤه بما يماثل المقبوض. ولكن إذا كان الشيء المقبوض لم يهلك بفعل الدائن فلا محل للرجوع.

المادة التاسعة — للدائن الشريك أن يتنازل عن حقه فى الرجوع على الدائن القابض. ويكون تنازله هذا نهائيا. ولكن إذا أعسر المدين يرجع المتنازل على شريكه بما يعوض عليه حصته.

المادة العاشرة — للقابض أن يطالب المدين بما أخذه منه شركاؤه بحق الرجوع.

الفصل الثاني

في الالتزام المتعدد بالتضامن

٣٢٩ — استعرضنا فيما تقدم احوال التعـدد العامة . وهناك حالات يكون الملتزم لهم المتعددون مرتبطين فيها برابطة خاصة، هي رابطة التضامن . وسنعرض هنا لأحوال هذا التضامن ، ثم نبين أحكامه ، ونتبع هذا كله ببحث في طبيعة رابطة التضامن هذه .

الفرع الاول — احوال التضامن الموجب

المبحث الاول — الحالة الاولى

٣٣٠ — الشركاء في شركة مفاوضة [١٦٦] متضامنون فيما بينهم متى كان الدين ناشئاً عن أعمـــال تجارية [١٦٧]. وتطبيقاً لذلك يعتبر الشركاء دائنين

---

(١٦٦) شركة المفاوضة هي التي يضع فيها الشركاء جميع ما يملكون من النقود . على أن توزع الأرباح فيما بينهم حصصاً متساوية . كما أن حصصهم في رأس المال يجب أن تكون متساوية . أنظر الكاساني ، ج ٦ . ص ٥٨ وما بعدها .

(١٦٧) السرخسي ، ج ١١ ، ص ١٧٤ : « فيما هو من صنيع التجار » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٣ ، س ٢٧ : « في أحكام التجارة » . وعلى ذلك لا يعتبر عملا تجارياً شراء الشريك طعاماً لأهله . انظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ١/٤٧ : « إذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله ليس لشريكه قبضه كذا اذا استعار أحدهما لنفسه خاصة لا يكون شريكه وكيلا في قبض المستعار » .

ولكن يعتبر تجارياً التزام من الحق ضرراً بمال الشركة بتعويض هذا الضرر .

متضامنين بالثمن إذا باعوا مالا من أموال الشركة (١٦٨). وبالأجرة إذا أجروا مالا من أموال الشركة (١٦٩)، أو أجروا خدمتهم (١٧٠).

ويكون الالتزام بالتسليم كذلك أيضاً، إذا اشتروا شيئاً (١٧١). وهم أيضاً متضامنون فى المطالبة برد الثمن عند استحقاق المبيع (١٧٢).

وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد، ويكون تضامنياً، كما لو نشأ الدين عن اغتصاب مال للشركة (١٧٣).

انظر الكاسانى، ج٦، ص٧٣، س٤ ومابعده: « أما الغصب فلان ضمانه فى معنى ضمان التجارة ».

(١٦٨) الكاسانى، ج ٦، ص ٧٣، س ١٨ وما بعده: « لو باع أحدهما شيئا من مال الشركة... يطالب غير البائع منهما المشترى بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ».

(١٦٩) محمد، ص ٢/٢٤٨: « لو أن أحد المتفاوضين أجر عبداً من تجارتهما من رجل أو دابة كان للآخر أن يأخذه بالأجر ».

(١٧٠) رضى الدين، ج ٦، ص ٤٩ / ١: « لو أجر أحدهما نفسه... يكون بينهما ». والكاسانى، ج ٦، ص ٧٥، س ١٣: « لو آجر أحدهما نفسه فى الخياطة أو عمل من الأعمال فالأجر بينهما نصفان وان آجر نفسه للخدمة فالأجر له خاصة ».

(١٧١) محمد، الجامع الكبير، ص ٩٤ / ١: « لشريكه أن يقبض العبد من البائع إذا نقد الثمن كله كما للمشترى أن يقبضه ». والكاسانى، ج٦، ص٧٣، س٢٠: « وله أن يقبض المبيع كما للمشترى ».

(١٧٢) الكاسانى، ج ٦، ص ٧٣، س ٢١: « وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كما للمشترى ».

(١٧٣) رضى الدين، ج ٦، ص ٥٠ / ٢: « أو ما وجب لهما على رجل من

ولا يشترط على أى حال أن يكون الشركاء قد حضروا جميعاً عند العقد [١٧٤]، فالمفروض أن العاقد يمثل دائماً شركاءه [١٧٥]

المبحث الثانى ـــ الحالة الثانية

٣٣١ ـــ الشركاء فى شركة الأعمال ولو كانت عنانا متضامنون ما داموا يطالبون بالأجر المستحق لهم [١٧٦]. وهنا أيضاً قد يصدر العقد من أحدهم فى غيبة الآخرين [١٧٧].

٣٣٢ ـــ وفى كلتا الحالتين المذكورتين ، ظاهر مما تقدم : أن التضامن فيما بين الملتزم لهم أوجده عقد الشركة نفسه . ويترتب على ذلك أن هذا التضامن ينقضى بانحلال الشركة . سواء كان الانحلال قد تم بارادة أحد الشركاء أو وقع بسبب وفاة أحد الشركاء أو بغير ذلك من الأسباب [١٧٨].

ضمان غصب » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٤ ، س ١٣ .

(١٧٤) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٥٠ : «ولكل واحد أن يقبض ما اداناه أو ادانه صاحبه » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٤ ، س ١٢ — ١٣ .

(١٧٥) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٥٠ : « لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه » .

(١٧٦) برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٥٧٦ / ١ : « لكل واحد منهما ان يطالب بأجرة العمل» . والكاسانى ، ج ٦ ، ص٧٦ ، س٣—٤ : «ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة » .

(١٧٧) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٦ ، س ١وما بعده : « ولكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة اذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه » .

(١٧٨) محمد ، ص ٢/٢٥٠ : « اذا باع أحد المتفاوضين عبداً من المفاوضة بمائة دينار وكتب الصك باسمه وكانت الاشياء فى يده دون الآخر فجحد المفاوضة

الفرع الثانى – آثار التضامن الموجب

المبحث الاول – فى علاقات الدائنين بالمدين

٣٣٣ – لكل دائن أن يطالب بكل الدين(١٧٩). فاذا وفى المدين بالدين

فقد وقعت الفرقة لجحوده ... له أن يقبض المائة دينار دون صاحبه لانه ولى البيع ». ورضى الدين ، جـ ٦ ، ص ٥٠ / ١ — ٢/٥٠ : « اقر أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان بعد تفرقهما أو موت أحدهما لم يجز على صاحبه لانه أقر بالرهن فى حالة لا يملك انشاءه . . . وما زال محجوراً عن التصرف فى حق شريكه فلا يصدق فيه كالوكيل بالبيع اذا اقر بالبيع بعد العزل » . والكاسانى ، جـ ٦ . ص ٧٥ ، س ٨ وما بعده : « اذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذى لم يل المداينة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر اذا لم يكن هو الذى تولى العقد ويجوز قبضه فى نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا ، وأما الذى ولى المداينة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل » . والهندية ، جـ ٢ . ص ٣١٤ : « لو باع أحد المتفاوضين شيئاً نسيئة ثم مات ليس لصاحبه أن يخاصم فيه فان أعطاه المشترى نصف الثمن برىء منه . كذا فى محيط السرخسى » . وعلى ذلك ، ينقسم الدين بصرف النظر عن ارادة المدين ، ولو انه كان فيما بين الدائنين تضامن وقت نشوئه . وفى حالة انحلال الشركة بارادة أحد الشركاء يكون وفاء المدين بين يدى أحد الدائنين صحيحاً . اذا تم الوفاء قبل علمه بالانحلال . انظر الهندية ، جـ ٢ ، ص ٣١٤ — ٣١٥ : « اذا باع أحد المتفاوضين شيئاً من متاع المفاوضة ثم افترقا ولم يعلم المشترى بافتراقهما كان له أن يدفع جميع الثمن الى ايهما شاء . كذا فى المحيط . وان كان علم بالفرقة لم يدفع الا الى العاقد ، ولو دفع الى شريكه لا يبرأ عن نصيب العاقد » .

(١٧٩) الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٧٤ ، س ١٢ : « يجوز لكل واحد منهما أن

جميعه لأحد الدائنين فقد برئت ذمتـه كذلك قبل الدائنين الآخرين [١٨٠]. وهذان هما الأثران الأساسيان للتضامن ، وهما مطردان فى حالتى التضامن .

على أنه فى حالة شركة المفاوضة ، للتضامن آثار أوسع [١٨١]. من ذلك أن للدائن أن يمنح للمدين أجلا بالنسبة لـكل الدين [١٨٢] . وأن اليمين التى توجه أثناء الاجراءات التى يقوم بهـا أحد الدائنين . يمكن الاحتجاج بها على بقية الدائنين [١٨٣] .

يقتضى ما اداناه أو ادانه صاحبه » . و ص ٧٦ ، س ٣ : « ولـكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة» . وس٢٣: « وجب له المطالبة بكل الاجرة» .

(١٨٠) برهان الدين . الذخيرة ، ج ٢ ، ص١/٥٧٦ : « الى ايهما دفع برىء » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٦ ، س ٤ — ٥ : « والى ايهما دفع صاحب العمل برىء لانه دفع الى من أمر بالدفع اليه » .

(١٨١) الكاسانى ، ج ٦ ، ص٧٦ ، س١٤ : « ليس لها [أى لشركة الأعمال] حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذى بينـــا خاصة » . و س ٢١ : « وانما استحسنا والحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة [و] فى حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس » .

(١٨٢) محمد ، ص ١/٢٤٤ : « اذا كان لهما [لشريكين شركة عنان] دين على رجل فاخره أحدهما فتأخيره باطل لا يجوز على صاحبـه الا برضاه وليس هذا كالمفاوضين » . وظهير الدين ، ج ٢ ، ص ١/٣٠ : « اذا أخر أحد المتفاوضين دينا وجب لهما جاز تأخيره فى النصيبين اجماعا سواء وجب الدين بعقد المؤخر أو بعقد صاحبه أو بعقدهما » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٩٣ : « ان كانا متفاوضين فاجل أحدهما دينا كان من المفاوضة صح تأجيله عنـد الـكل أيهما أجل » . وابن نجيم ، البحر ، ج ٧ ، ص ٢٦٠ ، نقلا عن قاضى خان .

(١٨٣) محمد ، ص ١/٢٤٨ : « اذا أدعى أحد المتفاوضين على رجل دينا أو سلما أو خادما ذكر أنه اشتراها منه أو ذكر أنهـا له ولشريكه فجحد المدعى قبله

ويلاحظ مع ذلك أنه ليس لأحد الدائنين أن يبرىء المدين إلا من نصيبه، كما لا يجوز له أن يهبه إلا نصيبه، ما لم يكن هذا الدائن هو العاقد، فيستطيع بهذه الصفة وحدها، أن يبرئه من كل الدين (١٨٤).

وعلى العكس يستطيع أحد الدائنين أن يشترط تأمينات عن كل الدين، كالرهن (١٨٥)

ذلك فقدمه الى القاضى فاستحلفه على ذلك لحلف ثم جاء الشريك الآخر فاراد أن يستحلفه فليس له ذلك واستحلاف صاحبه اياه بمنزلة استحلاف الآخر وكذلك لو ادعى عليه أنه باعه . . . أو أدعى قبله اجارة حانوت فى السوق أو اجارة عبد من تجارتهما ».

(١٨٤) محمد، ص ٢٥١ /١ : « لو وهب البائع الثمن للمشترى أو أبرأه منه جاز ذلك عليه . . . فى قول أبى حنيفة ومحمد و[لو] لم يفعل ذلك ولكن الشريك هو الذى فعل ذلك جاز من ذلك النصف حصته ». وقاضى خان . ج ٣، ص ٩٣ — ٩٤ : « ان حط أحد الشريكين شيئاً ان كان المصالح عاقداً جاز حطه حط الكل أو بعضه فى قول أبى حنيفة ومحمد ويضمن نصيب شريكه ان حط الكل أما إذا حط البعض فلانه مالك فى نصيبه وفى نصيب صاحبه عاقد والعاقد يملك الحط فى قول أبى حنيفة ومحمد فيصح حطه وان لم يكن المصالح عاقداً يجوز الحط فى نصيبه عند الكل لأنه مالك وفى نصيب صاحبه لا يجوز عند الكل لأنه ليس بمالك ولا عاقد ». وظهير الدين، ج ٢، ص ٣٠/١ : « لو باع أحد المتفاوضين شيئا من تجارتهما ثم ان البايع وهب الثمن للمشترى أو أبرأه منه جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد ... وقال أبو يوسف . يصح فى حصته كالوكيل وان وهبه الآخر أو أبرأه منه جاز فى نصيبه ولم يجز فى نصيب صاحبه إجماعاً ».

(١٨٥) محمد . ص ٢٤٩ / ١ : « لو كان لهما أو لأحدهما دين من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهنا كان ذلك جائزا وكان ان هلك بما فيه بعد أن يكون قيمته والدين سواء أو يكون قيمته أكثر من الدين ولو كان أحدهما ولى البيع وولى الآخر الرهن وقبضه كان جائزاً ». ورضى الدين، ج ٦، ص ٥٠ / ١ :

والكفالة (١٨٦) ، والحوالة (١٨٧) .

المبحث الثانى – فى علاقات الدائنين فيما بينهم

٣٣٤ – من الطبيعى أن يكون لكل شريك ، بموجب عقد الشركة ، حق الرجوع على زميله القابض (١٨٨) . والأنصباء دائماً متساوية فى شركة المفاوضة (١٨٩) . ويلاحظ أنه فى شركة العنان بالأعمال ، للشريك أن يرجع على القابض ولو لم يكن قد عمل بالفعل (١٩٠) .

« لو ارتهن أحدهما رهنا بدين التجارة جاز لأنه يملك إستيفاءه حقيقة فيملك إستيفاءه حكماً » . والعتابى ، ص ٢/١٣٣ : « يرتهن ... » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٤ ، س ١١ – ١٢ .

(١٨٦) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٤ ، س ١٣ : « ما وجب لهما من ... أو كفالة » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣١٠ : « ان باع أحد المتفاوضين ... أو كفل له رجل بدين ... فلشريكه الآخر أن يطالب به . كذا فى فتاوى قاضيخان » .

(١٨٧) الهندية ، ج ٢ ، ص ٣١٢ : « وله أن يحتال . كذا فى البدائع » . وانظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٠ ، س ٢٣ . وهذا النص خاص بشركة العنان . وانظر للقياس عليه ، الكاسانى ، ص ٧٢ ، س ٢٤ — ٢٥ .

(١٨٨) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٥٩ ، س ١٣ : « عند القسمة » .

(١٨٩) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦١ ، س ٢ : « المساواة فى رأس المال » . وس ١٦ : « المساواة فى الربح » .

(١٩٠) القدورى ، ص ٥٩ : « فان عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفان » . والسرخسى ، ج ٣٠ ، ص ٢٠٠ : « لواستأجر رجلين يبنيان له حائطا فعمله أحدهما ومرض الآخر وهما شريكان فالأجر بينهما نصفين استحساناً » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٢٩ : « وان عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفين سواء كانت عنانا أو مفاوضة » .

هذا وعلى الدائن العاقد، إذا كان قد أبرأ المدين من جميع الدين، أن يعوض على شريكه حصته (١٩١)

الفرع الثالث — الطبيعة القانونية للتضامن الموجب

٣٣٥ — أما عن التضامن فى الحالة الأولى، فقد استند الفقهاء إلى فكرة الوكالة. لتعليل التضامن (١٩٢). فهم يقولون أن شركة المفاوضة تقتضى أن يكون كل شريك وكيلا عن الآخر فى التقاضى والقبض وعلى العموم فى كافة ما يسمونه « حقوق العقد » (١٩٣).

---

(١٩١) محمد. ص ١/٢٥١ : « ضمن لشريكه نصف الثمن ». وظهير الدين. ج ٢. ص ٣٠ / ١ : « ويضمن نصيب شريكه ».

(١٩٢) رضى الدين، ج ٦، ص ٢/٢٩ : « على أن يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما وجب عليه ووكيلا فيما وجب لصاحبه ». والكاسانى. ج ٧. ص ٧٤. س ١٣ — ١٤ : « يملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة ». وقارن المادة ١٦١/١٠٧ من القانون المدنى المصرى. وبودرى لاكانتينرى، ج ٢، نبذة ١١٦٨.

(١٩٣) هى حقوق يتكلم عنها الفقهاء بمناسبة الوكالة. وطبقاً لنظرية الوكالة فى التشريع الاسلامى ينشأ عن العقد بعض الالتزامات يكون الملتزم أو الملتزم له فيها هو فى بعض الاحوال الوكيل دون الموكل. فى هذه الاحوال للوكيل دون الموكل أن يقاضى وله تبعا لذلك بعض الحقوق. من ذلك أن الوكيل فى عقد البيع هو الذى يطالب بالثمن أو بتسليم الشىء أو برد الثمن عند الاستحقاق أو عند ظهور عيب. ومن الناحية السالبة يكون الوكيل دون الموكل ملزماً بدفع الثمن أو بتسليم الشىء (انظر فى ذلك كله الكاسانى. ج ٦. ص ٣٣). وفى فقه ابى حنيفة ومحمد. يجوز لهذا الوكيل أيضاً أن يمنح أجلا (انظر الكاسانى، ج ٦. ص ٦٨، س ١٩ — ٢٠). أو يشترط تأمينات (انظر فى الرهن والكفالة قاضى زاده، نتائج،

وعلى ذلك يكون أساس مطالبة الدائن الواحد بكل الدين كونه وكيلا فى نصيب وأصيلا فى نصيب آخر (١٩٤). على أنه إذا لم يكن طرفاً فى العقد يكون أساس المطالبة الوكالة بالنسبة لكل المبلغ (١٩٥). وإذا كان العقد قد صدر منه وحده تكون مطالبته للمدين مبنية جميعها على مجرد اعتباره عاقداً (١٩٦).

٣٣٦ — وأما فى شركة العنان، فان فكرة الوكالة ليست هى عينها تلك التى قالوا بها فى شركة المفاوضة، ذلك أنه ليس للشريك فى شركة العنان أن

ج ٧، ص ٨٨ — ٨٩. وفى الحوالة. فقط فى فقه ابى حنيفة، الكاسانى، ج ٦، ص ٢٨، س ٦).

(١٩٤) رضى الدين، ج ٦، ص ١/٥١: « ان أخذ المفاوض بمنزلة الوكيل من وجه فى نصيب صاحبه بمنزلة المالك من وجه ».

(١٩٥) رضى الدين، ج ٦، ص ٢/٥٢: « له حقوق العقد كما لصاحبه ... عاقدا حكما ». و ص ٢/٥٠: « لكل واحد أن يقبض ما ... أدانه صاحبه ... لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه ». والكاسانى، ج ٦، ص ١٧٣، س ١٨: « حقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا ». ولكن لما لم يكن طرفا فى العقد لا تكون هذه الحقوق قد انتقلت اليه الا عن طريق الوكالة. فان هذه الحقوق ولو أنها فى الأصل للعاقد وحده إلا أنه يستطيع انابة موكله فيها انابة صريحة. انظر الكاسانى، ج ٦، ص ٣٣، س ١١ — ١٢: « ولو أمره [أى لو أمر الموكل] الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشترى بالثمن يجبر على التسليم اليه ».

(١٩٦) والدليل على ذلك أن حقه فى التقاضى بالنسبة للكل يبقى بعد انحلال الشركة أى بعد زوال حالة التضامن. انظر محمداً، ص ٢٥٠ / ٢: « لو مات المفاوضان جميعا قبل الجحود وقبل الفرقة وأوصى كل واحد منهما إلى رجل على حدة كان الذى يتقاضى المائة دينار وصى الذى ولى المبايعة ». والكاسانى، ج ٦، ص ٧٥، س ١٣ وما بعده: « أما الذى ولى المداينة فله أن يقبض الجميع لأنه

يقاضى بصفته وكيلا ولو أنه يتعاقد بالوكالة عن باقى الشركاء(١٩٧). فى هذه الشركة، للدائن العاقد وحده حق المطالبة بناء على العقد الصادر منه، أما شريكه فله أن يرجع عليه بعقد الوكالة، ولكن ليس له مطالبة المدين مباشرة (١٩٨).

ومتى صح ذلك كيف يعلل التضامن فى حالة شركة الأعمال؟ يقول الفقهاء أن شركة الأعمال تأخذ هنا حكم شركة المفاوضة(١٩٩)، ذلك أن على كل واحد من الشركاء أن يقوم بكل العمل. فالتزامهم قبل صاحب العمل هو التزام تضامنى، ومن العدل إذاً أن يجعل الالتزام المقابل وهو دينهم عليه

ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل».

(١٩٧) الهندية، جـ ٢، ص ٣٢٠: «أما حكمها [حكم شركة العنان] فصيرورة كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى عقود التجارات ولا يصير كل واحد وكيلا عن صاحبه فى استيفاء ما وجب بعقد صاحبه. كذا فى المحيط».

(١٩٨) الكاسانى، جـ ٦، ص ٧٠، س ٢٦ وما بعده: «حقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إلى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين لزم إنسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه اليه». ولكن إذا دفع المدين باختياره للدائن غير العاقد فليس له بعد ذلك أن يسترد ما يخص القابض من الدين. انظر الكاسانى، جـ ٦، ص ٧٠، س ٢٩ وما بعده: «فان دفع إلى الشريك من غير توكيل برىء من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع». على أن للدائن الشريك أن يرجع على الدائن العاقد إذا قبض. انظر الكاسانى، جـ ٦، ص ٧٠، س ٣٤: «والعاقد يرد حصة الشريك اليه».

(١٩٩) برهان الدين، الذخيرة، جـ ٢، ص ٥٧٦ / ١: «تعتبر مفاوضة فى حق بعض الأحكام». والكاسانى، جـ ٦، ص ٧٦، س ١١: «كانت فى معنى المفاوضة فى حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة».

تضامنياً كذلك (٢٠٠) .

٣٣٧ — يتضح مما تقدم أنه ليس لنظرية التضامن الموجب كيان مستقل فى الفقه الأسلامى . فالتضامن الموجب لا يوجد فى الواقع الا تبعاً لبعض العقود . ويلاحظ من ناحية أخرى ان حالات هذا التضامن نادرة . ويهمنا هنا أن نقول أنه فى هذه الحالات النادرة ، يوجد الملتزم لهم فى مركز قانونى يشبه كثيراً ذلك الذى نجد عليه الدائنين المتضامنين فى القوانين الحديثة (٢٠١) .

---

(٢٠٠) الكاسانى ، ص٧٦ ، س ٤ : « لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة » . وس ٢٢ : « لما ظهر حكم المفاوضة فى هذه الشركة فى حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة » .

(٢٠١) ولا يوجد فى النصوص لفظ خاص للتعبير عن هذا التضامن : انما تستعمل العبارات الآتية : « ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة » . « وإلى أيهما دفع صاحبه برىء » . « يجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما أداناه .. أو ما وجب لهما » . وبها وصف لآثار التضامن .

وها هو نموذج لعقد شركة مفاوضة كما جاء فى ابن أفلاطون ، الصكوك ، ص ١٥ / ٢ : « هذه حجة صحيحة شرعية ناطقة بذكره اشترك فلان بن فلان حال تساوى كفتى تصرفاتهما شركة المفاوضة المبنيـة على الاذن المطلق فى عامة التجارات المنعقدة على الكفالة والوكالة فى المعاملات ورأس المال من كل منهما بالسوية من غير اختصاص لأحدهما على الآخر بالمزية وأقام كل واحد منهما صاحبه مقامه فى حالتى السفر والاقامة اشتراطاً خاليا (؟) عليه الصحة والسداد خاليا عن البطلان والفساد وجرى ذلك وحرر » .

الباب الثاني

في تعدد الملتزمين

الفصل الأول

في تعدد الملتزمين بغير تضامن

الفرع الاول – التمليكات

٣٣٨ – البائعون(٢٠٢)، والواهبون(٢٠٣)، والمؤجرون(٢٠٤)، يبيعون ويهبون، ويؤجرون، كل بقدر حصته فى الشيء المبيع أو الموهوب أو المؤجر(٢٠٥).

(٢٠٢) ابن قاضي سماوة، ج ١، ص ٤٨: « برهن أنه شرى بيتا من نفر هو بيدهم... لا يحكم إلا على الحاضر فى حصته». والسرخسي، ج ٣٠، ص١٨٤: « ان اشترى داراً من ثلاثة... على قدر انصبائهم التى اشترى منهم». وص١٨٠: « فان كل واحد منهم إنما باعه النصف».

(٢٠٣) الكاساني، ج ٤، ص ١٨٨، س ١٦: « وكذا يجوز... هبة الاثنين من واحد». وقارن ج ٦، ص ١٣٤، س ٢ ومابعده: « الشيوع لا يمنع الرجوع فى الهبة». فيكون الرجوع فى البعض محتملا.

(٢٠٤) الكاساني، ج ٦، ص ١٨٨، س ١٣: « يجوز إجارة الاثنين من واحد». والدليل على ذلك أن عقد الاجارة يظل قائماً فى حق الحي بعد وفاة أحد المؤجرين. انظر الكاساني، ج ٤، ص ١٨٨، س ١٤ — ١٥: « لو مات أحد المؤاجرين [كذا] حتى انقضت الاجارة فى حصته لا تنقض فى حصة الحي».

(٢٠٥) وقد ذهب البعض إلى أن إيجاب أحد البائعين المتعددين يتناول ضمنا، ان

هذا على أن الدعوى تؤدى — إذا رفعت على أحد البائعين فى غيبة الآخرين — إلى حكم يتناول الكل، ما دام المدعى عليه حائزاً للشىء ومنكراً لملكية شركائه فى الالتزام (٢٠٦). وبالعكس لا تكون الدعوى الموجهة لأحد الواهبين دون غيره مقبولة حتى بالنسبة لحصته. ويلاحظ مع ذلك أن (أبايوسف) فى هذه المسألة الأخيرة قد قال بجواز الحكم على أحد الواهبين بالنسبة لحصته على الشيوع (٢٠٧).

٣٣٩ — ومن المعلوم أن حق الدائن على الشىء الذى أعطاه المدينون

لم يصرح بخلاف ذلك، نصيبه ونصيب غيره من البائعين، ولذلك يشترطون الوكالة المتبادلة لايقاع البيع. انظر السرخسى، ج ٣٠، فى الشروط، ص١٧٤: «ان كان المشترى منه رجلين... يكتب أيضاً وكان العقد من كل واحد منهما باذن صاحبه فان على قول بعض العلماء ينصرف إيجاب كل واحد منهما عند الاطلاق إلى نصيبه ونصيب صاحبه فاذا لم يكتب هذه الزيادة عند الاطلاق لا ينفذ عقده عنده فى نصيب صاحبه».

(٢٠٦) ابن قاضى سماوة، ج ١، ص٤٨: «برهن أنه شرى بيتا من نفر هو بيدهم وبعضهم غائب... لو جحد [الحاضر نصيب الغائب] يقضى بالبيت كله للمدعى أما نصيب الحاضر فظاهر وأما نصيب الغائب فلان ذا اليد ينتصب خصما فى نصيب الغائب حيث جحد ملكه فيه والمدعى ينتصب خصماً عن الغائب فى إثبات الملك له فى نصيبه إذ لا يتوصل إلى إثبات ملكه على الحاضر فى نصيب الغائب إلا باثبات الملك للغائب ثم باثبات الشراء عليه».

(٢٠٧) ابن قاضى سماوة، ج ١، ص ٤٨: «ادعى صدقة أو هبة ... من رجلين أحدهما غائب والدار بيد الحاضر وأهل الغائب وهم مقرون بنصيب الغائب فبرهن على ذلك وعلى القبض لم يجز فى قياس قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف اقضى بنصفه غير مقسوم فى الصدقة والهبة فاذا قدم الغائب قضيت عليه».

المتعددون رهنا — هو حق غير قابل للتجزئة[٢٠٨]. وقد رتبوا على ذلك أنه لايمكن توجيه الدعوى ضد أحد الراهنين فقط ، وذلك اتفاقاً . فيشترط إذا فى حالة الرهن مطالبة الجميع معاً [٢٠٩] .

٣٤٠ — فالانقسام هو إذاً الأصل ، مع مراعاة احكام الدعوى ، وحالة الرهن الخاصة .

الفرع الثانى — الالتزامات بعمل شيء

٣٤١ — الالتزام بالحفظ ينقسم فيما بين المودَعين [٢١٠]. وإذا كان

---

(٢٠٨) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٣٨ ، س ٢٠ ومابعده : « لو رهن رجلان رجلا عبداً بدين له عليهما رهنا واحداً جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى أن للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى كل الدين وإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لأن كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن ... واقدامهما على رهنه فى صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد رهنا بكل الدين » .

(٢٠٩) ابن قاضى سماوة ، ج ١ ، ص٤٨ : « أما الرهن فلا يقضى على الحاضر بشيء حتى يقدم الغائب فاذا قدم كلف أن يبرهن بحضرتهما » .

(٢١٠) محمد ، المبسوط ، المخطوط ٣٨٢ (انظر الحاشية ١٥) ، فى الوديعة ، ص ١٤ منها : « قلت أرأيت رجلا استودع رجلين مالا ... لو اقتسماه من غير أن يأتيا القاضى قال نعم لا ضمان عليهما ان هلك قلت فان أبيا القسمة فدفعا الوديعة إلى رجل فهلكت قال هما ضامنان » . والقسمة فى الواقع اجبارية ، فان المودَع يتحمل مسؤولية الهلاك إذا سلم ما وجب عليه حفظه للمودَع الآخر . انظر القدورى ، ص ٧٢ : « ان أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن

الشيء المودع لا يقبل الانقسام يتوزع الحفظ بالتهايؤ [٢١١] .

وكذلك الحكم فى التزام الوكلاء ، والمرتهنين ، بالحفظ [٢١٢] .

يدفعه أحدهما إلى الاخر ولكن يحفظ كل واحد منهما نصفه » .

وهذا هو مذهب أبي حنيفة . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٢٠٩ ؛ س ١ — ٢ : « لو سلم أحدهما النصف إلى صاحبه فضاعت ضمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ، ومحمد ، لا يضمن القابض شيئا » . وس ٤ — ٦ : «وجه قول أبي حنيفة . أن المالك استحفظ كل واحد منهما فى بعض الوديعة لا فى كلها فكان راضيا بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل » . والمرغينانى ، ج ٧ ، ص ٤٦٠ : « وهذا عند أبي حنيفة ... لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزى تناول البعض دون الكل » . والحصكفى ، ج ٤ ، ص ٦٨٨ : « ولو دفعه أحدهما إلى صاحبه ضمن الدافع » .

(٢١١) محمد ، فى الموضع المشار اليه : « قلت أرأيت ان كان عبداً واحداً أو ثوبا واحداً أو دابة واحدة أو بعيراً كيف يضمنان له قال ان وضعه أحدهما عند الآخر أو أمسكه كل واحد منهما شهراً فلا ضمان عليهما ان هلك لان هذا مما لا يقسم » . والقدورى ، ص ٧٢ : « وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٢٠٩ ؛ س ٢ — ٣ : « ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما أن يسلم الكل إلى صاحبه وإذا فعل فضاعت لاضمان عليه بالاجماع » . وس ٩ — ١٠ : « لأنه إذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله فى حفظ كل واحد منهما على التوزيع فى زمان واحد فكان راضياً بكونه فى يد كل واحد منهما فى زمانين على التهايىء » .

(٢١٢) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٢٠٩ ؛ س ١٠ — ١١ : « وعلى هذا الخلاف الذى ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلم أحدهما الى صاحبه » . والحصكفى ، ج ٤ ، ص ٦٨٨ : « كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء » .

٣٤٢ – وينقسم أيضاً الالتزام بضمان الاستحقاق ، إذ أن على كل من البائعين أن يضمن للمشترى حصته فى الشىء المبيع (٢١٣) .

الفرع الثالث – الالتزامات النقدية

٣٤٣ – مما لا نزاع فيه أن الدين ينقسم فيما بين المدينين . فالمشترون مثلا ملزمون بالثمن ، كل بقدر حصته فقط (٢١٤) . وكذلك البائعون عند الاستحقاق ، يلزمون برد الثمن ، كل بقدر حصته (٢١٥) . وقد يلتزمون أيضا فى هذه الحالة بتعويض ، ويكون التزامهم هذا هو الاخر منقسما فيما بينهم (٢١٦) .

---

(٢١٣) السرخسى ، ج ٣٠ ، ص ١٨٤ : « ان اشترى داراً من ثلاثة نفر . . . فما ادرك فلان [كذا] من ذلك فى هذه الدار فعلى فلان وفلان خلاص ذلك على قدر انصبائهم التى اشترى منهم حتى يسلموه له على قدر ما اشترى منهم » . و ص ١٧٤ : « حتى يسلما له الدار » .

(٢١٤) الكاسانى ، ج ٥ ، ص ٢٥٠ ، س ١٢ — ١٣ : « الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن فاذا ادى النصف فقد أدى ما وجب عليه » . و س ١٧ — ١٨ : « فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤاخذ بتسليم كله . . . » . والزيلعى ، ج ٤ ، ص ١٢٩ ، س ٢٠ — ٢١ : « كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن » .

(٢١٥) السرخسى ، ج ٣٠ ، ص ١٨٤ : « عند الاستحقاق انما يرجع على كل واحد منهم بما نقده من الثمن » .

(٢١٦) السرخسى ، ج ٣٠ ، ص ١٨٠ : « رجع على كل واحد من البائعين بنصف قيمة البناء فان كل واحد منهم انما باعه النصف وانما ضمن له السلامة باعتبار عقده » .

ومن تطبيقات هذا المبدأ أن الكفلاء لا يلتزمون بالدين المكفول إلا منقسماً عليهم بقدر عدد رؤوسهم[٢١٧] . وان الالتزام بدفع جعل لمن يرد العبد الآبق ينقسم فيما بين مالكي العبد، وذلك بنسبة حصصهم في الملكية[٢١٨].

وأخيرا نجد أن الالتزام الناشيء عن الجريمة هو نفسه ينقسم فيما بين مرتكبي الجريمة، وذلك سواء كان الضرر قد أصاب مالا[٢١٩] أو نفسا[٢٢٠].

(٢١٧) التيسير ؛ كتاب الشركة : « كفلا ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه صار كل واحد كفيلا بخمسمائة لان قضية اطلاق الاضافة الاستواء كما لو اشتريا عبداً صفقة واحدة » .

(٢١٨) الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢٠٤ ؛ س ١٦—١٧ : « لو كان الراد واحداً والآبق واحداً والمالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما » . والزيلعى ، جـ ٣ ، ص ٣٠٨ : « وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه » .

(٢١٩) الكاسانى ، جـ ٧ ، ص٢٧٤، س٧ : «حصل التلف من فعلهما انقسم الضمان بينهما » . و ص ٢٨٠ ، س ٢٩ — ٣٠ : « ان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا لوجود التسبب منهم جميعا » . وكذلك الحال فى الالتزام بالتعويض بسبب شهادة الزور . انظر الكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢٨٧ ؛ س ٢٣ — ٢٥ : « لو شهد رجل وامرأتان بمال . . . ورجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين . . . ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة » . وابن عابدين ، جـ ٤ ؛ ص ٥٥٠ .

(٢٢٠) الكاسانى ، جـ ٤ ، ص ٢١٤ ، س ٢٢ — ٢٣ : « من جرح انسانا جراحة وجرحه وآخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين » . و جـ ٧ ، ص ٢٥٧ ، س ٧ — ٨ : « العشرة اذا قتلوا رجلا خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تحتمل عشرها » . والمبلغ نفسه الذى يقع على عاتق العاقلة ينقسم فيما بين أفراد العاقلة بحيث لا يتجاوز نصيب كل فرد حداً معيناً . انظر الكاسانى ، جـ ٧ ، ص ٢٥٦ ، س ١٨ — ٢٢ : « ما تحتمله

٣٤٤ — إلا أننا إذا طبقنا أحكام الدعوى فى فقه (أبى يوسف) أمكن الدائن الحصول على حكم بجميع المبلغ، ولو أن الدعوى قد وجهت لأحد المدينين دون غيره(٢٢١). وهذا المبدأ قد سلم به الجميع فى حالة الميراث (٢٢٢).

العاقلة من الدية . . . لا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزاد على ذلك لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع . . . ويجوز أن ينقص عن هذا القدر . . . ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدى كاحدهم ».

ويلاحظ أخيراً أن الانصباء قد لاتكون متساوية. وذلك لان تقدير نصيب كل فى المسؤولية قد يتبع فى بعض الأحيان ضابطاً ماديا. من ذلك الكاسانى، جـ ٤، ص ٢١٤، س ١ — ٣ : « حائط بين شريكين اثلاثاً مال الى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذى اشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط اثلاث ».

(٢٢١) ابن قاضى سماوة، جـ ١، ص ٥٠ : « له دين عليهما فبرهن على أحدهما والآخر غائب . . . قال أبو يوسف، اقضى به عليهما لو كانا شريكين فيما عليهما ». « اقضى عليهما بجميع المال ». و جـ ١، ص ٤٨ : « برهن على رجل انه باعه هو وفلان الغائب قنا بكذا . . . على قياس أبى يوسف، ينبغى أن يقضى عليهما ». و « ابو يوسف . . . المشترى لو توحد وتثنى البائع لا يتعدى الحكم على الغائب بخلاف عكسه والفرق أن البائع لو تثنى لحق البائع غير متصل بحق الآخر اذ الصفقة متفرقة الا ترى انهما لو خاطبا رجلا بالبيع فقبل نصيب أحدهما فله ذلك فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب أما لو تثنى المشترى لحق الحاضر متصل بحق الغائب الاترى انه لو باع من اثنين فقبل أحدهما لم يصح فجاز أن ينتصب الحاضر خصما عن الغائب ». وانظر مع ذلك ابن عابدين، جـ ٤، ص ٢٥، فى مطلب فى بيان ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها.

(٢٢٢) ابن قاضى سماوة، جـ ١، ص ٥٢ : « فى دعوى الدين ينتصب أحد الورثة خصما عن الميت ولو لم يكن بيده شىء من التركة ». و ص ٤٤ : « ادعى ديناً على الميت وله ورثة صغار يكفى حضرة الواحد ». وفى الحموى، أنه إذا بنى

٣٤٥ — هذا وإن مبدأ انقسام الالتزام فيما بين المدينين من الأهمية بمكان (٢٢٣) .

إذ أنه فى حالة اعسار أحد المدينين يؤدى هذا المبدأ إلى جعل الدائن هو الذى يتحمل دون باقى المدينين نتائج الاعسار .

وقد أخذ بهذا المبدأ فى العمل ، كما يظهر من مجموعات الفتاوى (٢٢٤)، ومن كتب الشروط (٢٢٥) .

الحكم على إقرار المدعى عليه فلن ينفذ الحكم إلا فى نصيبه . انظر الغمز ، جـ ١ . ص ٣٩٩ ، رقم ١٠ : « أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين فانه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم » .

(٢٢٣) فقــد جاء فى سافيني . الالتزامات ، جـ ١ . ص ١٥١ و ٣٥٧ : « C'est la règle de droit importante. » . وفى لاروميير ، جـ ٣ ، ص ٣٥٦ . رقم ٦ : « principe fondamental » .

(٢٢٤) الكواكبي (١١٣٧هـ) ، وقد كان مفتياً بحلب . الفتاوى . المخطوط رقم ٣١٣٢ بمكتبة بلدية الاسكندرية ، ص ٥١ / ١ : « سئل فى ثلاثة اشتروا من زيد بضاعة كذا بثمن معلوم ولم يتكافلوا له فى الثمن فهل يلزم كلا منهم ثلث الثمن فاذا غاب أحدهم قبل اداء ما عليه من الثمن لا يلزم الحاضرين اداءه والحالة هذه أجاب نعم يلزم كلا منهم ثلث الثمن ولا يلزم الحاضرين اداء ما على الغائب منه » .

(٢٢٥) السرخسي . جـ ٣٠ . ص ١٨٤ : « ان اشترى ثلاثة نفر من واحد كتب اشتروا منه هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا اشترى منه فلان كذا وفلان كذا وهذا ما عليه العادة من إعادة الخبر إذا تخلل بينه وبين المخبر عنه كلام آخر فيكتب اشترى منه فلان كذا وفلان كذا ويكتب وقد نقده الثمن كله وافياً من أموالهم على قدر أنصبائهم التى اشتروا منه نقد فلان من ذلك كذا وفلان كذا وفلان كذا وبرؤا اليه منه . . . » .

الفصل الثانى

فى التضامن ما بين الملتزمين

٣٤٦ — رأينا أنه فى الأصل ينقسم الالتزام فيما بين الملتزمين بحيث لا يكون كل منهم مسؤولا إلا بقدر نصيبه فى الالتزام. ولكن هناك أحوال يكون كل من الملتزمين فيها مسؤولا عن الكل بحيث انه إذا وفى برىء هو وزملاؤه فى آن واحد. وهو ما يطلقون عليه اليوم لفظ التضامن.

وانظر أيضاً المادة ٤٣٢ وخصوصاً المادة ١١١٣ من المجلة. أما مرشد الحيران، فلم ينص صراحة على هذه القاعدة.

وقد جاء ذكر هذا المبدأ فى المؤلفات الغربية عن الفقه الاسلامى. من ذلك ما جاء فى شارلو، ص ٥٢، رقم ١٤٩ — ١٥٠ : «The law presumes that two or more persons jointly contracting a debt are equal participators in the benefit of the obligation. Each is therefore liable to the extent of his share alone, unless the contrary is specially provided for». وفى ما كنفتين، ص ٢٣١ — ٢٣٢، رقم ٣ — ٤ : «If two persons jointly contract a debt and one of them die, the survivor will be held responsible for a moiety only of the debt ... for the law presumes that each were equal participators in the profits of the loan, and that one should not be responsible for the share of advantage acquired by the other. So also where two persons are joint suretees for the payment of debt ... the survivor will not be considered as surety for the whole and that the one should be surety for the other.». وعن انقسام الديون الناشئة عن الجريمة، جاء فى تيان، ص ٢١٧ : «Quid en cas de pluralité d'auteurs d'un même dommage ?»

الفرع الاول — مصادر التضامن

المبحث الأول — الاتفاق

٣٤٧ — المصدر الاول هو الاتفاق أو إرادة الطرفين. فاذا تعهد كل من المدينين أن يكفل المدينين معه يصبح كل واحد منهم ملزماً بجميع الدين. وقد وردت هذه المسألة بمجاميع (محمد) فى حالة تعدد المشترين(٢٢٦)، وفى حالة تعدد

Y a-t-il entre eux responsabilité solidaire? Non. Le droit musulman n'admet pas la solidarité entre codélinquants. Ainsi, le cavalier et le conducteur d'un cheval sont responsables « par moitié » de la composition due par la mort du passant qu'ils écrasent. (*Hidaya*, IV, 164) Peut-être l'idée de peine, qui est au fond des systèmes des compositions n'est-elle pas étrangère à cette règle».

ولا نرى هذا التفسير الاخير مقنعاً. فان فكرة العقوبة تقتضى فى الواقع تجمع الغرامات. انظر جيرار، ص ٢٩٦. وسافيني: ج ١، ص ٢١٩.

(٢٢٦) محمد: ص٢/٣٤٥ : «باع قوماً غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه». وهى الحالة التى برزت بمناسبتها الفكرة. انظر فيما بعد ص ١/٣٥٤ : «لو كانت الكفالة على ذلك فى أصل الصك فى عقد البيع ...». ومحمد، الجامع الصغير، ص ٨٩ : «رجلان اشتريا عبداً بألف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه». وقد ذكر جميع الفقهاء هذه الحالة. انظر الكاسانى، ج ٦، ص ١٤، س٣٤، وص١٥، س ١ : «لو اشترى رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن».

المستقرضين[٢٢٧]. وذكرت كذلك فى حالة تعدد المدينين بوجه عام[٢٢٨].

وقد يصدر هذا التعهد أيضاً من جملة كفلاء إذ قد يكفل بعضهم بعضاً[٢٢٩].

---

(٢٢٧) محمد، ص ١/٣٥٤ : « فى عقد البيع أو القرض ». وقاضى خان، ج ٣، ص ٦١ : « رجلان . . . استقرضا مالا من رجل على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ». وابن الهمام، ج ٦، ص ٣٣٧ : « اقترضا معاً ».

(٢٢٨) محمد، ص ٣٤٥ / ٢ : « لو كان ثلثة نفر عليهم الف درهم جميعاً وبعضهم كفلاء عن بعض ». ومن بعد محمد. ذكر الحالة فى صيغة عامة : القدورى، ص ٦٥ : «الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل ضامن عن الآخر». والمرغينانى، البداية : « إذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم . . . ». وانظر أيضاً فى حالة الالتزام بضمان الاستحقاق، السرخسى، ج ٣٠، ص ١٧٤: « فما ادرك فلان من درك فيها إن شاء اخذهما بذلك جميعاً وان شاء أخذ أحدهما حتى يسلما له الدار أو يردا عليه الثمن ». وفى حالة الالتزام بالتعويض بسبب الاستحقاق، السرخسى، ج ٣٠؛ ص ١٨٠ : « يكتب أن كل واحد منهما ضامن لجميع ذلك . . . حتى يكون له أن يرجع على أيهما شاء بجميع قيمة البناء لأن فى النصف هو بائع وفى النصف الآخر هو ضامن عن صاحبه ».

(٢٢٩) محمد، ص ١/٣٤٦ : « إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان . . . فلم يؤد واحد منهما شيئاً حتى قالا للطالب أينما شئت أخذت بها . . . أو قالا هذه المقالة حين كفلا ». ومحمد، الجامع الصغير، ص ٨٩ : « رجلان كفلا عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ». والقدورى، ص ٦٥ : « إذا تكفل اثنان عن رجل بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ». ولكن جميع هذه النصوص ترتب كأثر لهذا التكافل حقاً فى الرجوع يختلف عن حق الرجوع المقرر فى أحوال التضامن الأخرى، ولذلك نرى

٣٤٨ — ويخضع هذا الاتفاق لشروط انعقاد الكفالة بالطبيعة لما

الفقهاء جميعهم ينسبون هذا الأثر لكون الكفلاء قد تعهد كل منهم بعقد على حدة وكفل به كل الدين . فتكون هذه الحالة إذاً خارجة عن نطاق نظرية الالتزام المشترك .

وثابت من جهة أخرى أن الكفلاء المتعددين قد يتعهدون معاً فى عقد واحد فينقسم الالتزام فيما بينهم . فاذا كفل كل واحد منهم الآخر اصبحنا أمام حالة تضامن فى التزام مشترك ، لذلك تكون آثار هذا التضامن هى بعينها الآثار التى تلاحظ فى أحوال التضامن الأخرى . وهذا هو ما قرره الفقهاء بجلاء . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٢٠ — ٢١ : « لو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة . . . » . وس ٣٠ : « إن كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى خمسمائة » . وص ١٥ ، س ٤ — ٥ : « هذا إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل منهما عن صاحبه بجميع المال » . وقاضى خان : شرح الزيادات لمحمد ، كتاب الكفالة : « قال محمد ، رجل عليه الف درهم فكفل عنه بها رجلان بأمره . . . فان لم يؤد أحدهما شيئاً حتى لقى الطالب الكفيل الآخر . . . له أن يأخذ أيهما شاء بالف درهم النصف بالكفالة عن الأصيل والنصف بالكفالة عن صاحبه وأيهما أدى شيئاً يكون ذلك عن الأصيل لا عن صاحبه . . . ويشبه هذا برجلين عليهما ألف لرجل من ثمن بيع أو قرض وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه . . . ولا فرق بين المسئلتين لأن الواجب على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن الأصيل كالواجب عليهما بحكم البيع » . وانظر أيضاً المرغينانى ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ ، وهو يقرر قصر الحل الوارد فى نص هو بعينه نص محمد ، على حالة ما إذا كفل كل واحد بكل الدين : « ومعنى المسألة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك » . ويلاحظ أنه يتكلم عن المعنى الصحيح ، مما يشعر أن هناك جدلا ، وهو مايلاحظه سعدى جلبى ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ — ٣٣٩ : « أقول فيه بحث » .

أنه كفالة متبادلة . من ذلك أن قبول الدائن لا يكون ضرورياً وفقاً لمذهب (أبي يوسف) (٢٣٠) .

وفى نفس المعنى الزيلعي ، ج ٤ ، ص ١٦٨ : « هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الأصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما . . . لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معاً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهما نصفين » . والتتارخانية ، ج ٣ ، ص ١/٢٣ : « يريد به إذا تكفل كل واحد منهما بجميع المال ثم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالمال » . « أما لو كفلا له عن رجل بألف درهم ثم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه . . . » . وهذا النص منقول عن الينابيع .

فالاجماع اذا منعقد على هذا المعنى . قارن الحالة التى ذكرها رضى الدين السرخسى ، المحيط ، نقلا عن المنتقى (انظر المخطوط ٣٢ بمكتبة الازهر فى باب كفالة الرجلين ، فى آخره) . وفيها أن الكفالة اذا انعقدت بغير أمر المدين لا يكون الكفيلان المتكافلان قد كفل كل منهما بكل الدين . فيكون اذا حكم هذه الحالة هو حكم الحالات الاخرى للكفالة المتبادلة ، كما يقرر صراحة النص المذكور .

(٢٣٠) الطحاوى ، ص ٥١ / ١ : « لا يجوز الكفالة . . . ولا يجب فى قول ابى حنيفة الا بعد قبول المكفول له . . . مخاطبا له بذلك . . . واما ابو يوسف ومحمد ، فكانا يجيزان الضمان والكفالة والحالة بغير قبول . . . وبه نأخذ » .

وكما يرى ، يقول الطحاوى ، ان قبول الدائن ليس ضرورياً فى مذهب محمد . وقد أخذ الطحاوى ، وهو من الفقهاء المجتهدين ، بهذا المذهب . ولكن غيره من الفقهاء يقول أن هذا هو مذهب أبى يوسف . انظر برهان الدين : المحيط البرهانى . ونفس النص فى رضى الدين السرخسى . المحيط . انظر ج ٧ . فى أول صفحة من كتاب الكفالة : « عند ابى يوسف . الركن هو الايجاب وهو قوله كفلت » . أما الكاسانى ، فيقرر أن ابا يوسف نفسه قد رجع عن رأيه الاول . انظر ج ٦ ، ص ٢ ، س ٣ — ٤ : « وهو قول ابى يوسف الآخر وفى قوله الأول الركن هو الايجاب » .

وهذا الاتفاق قد يقع عند حصول العقـــد المنشىء للالتزام أو بعد ذلك(٢٣١). وقد يقع من كل من المدينين على التعاقب أو فى وقت واحد(٢٣٢).

ويلاحظ أخيراً أن قبول المدين المكفول عنه هو أيضاً ليس بشرط إلا إذا أريد استعمال حق الرجوع (٢٣٣).

٣٤٩ — ولا يشترط فى أى حال من الأحوال أن تذكر صراحة الكفالة المتبادلة، بل يكفى النص على أن للدائن أن يطالب أياً شـــاء من المدينين(٢٣٤). وهذه العبارة الأخيرة هى التى استعملها الفقهاء للتعبير عن

---

(٢٣١) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : « كفل عنه بها رجلان ولم يقل كل واحد كفيل عن صاحبه . . . ولم يؤد واحد منهما شيئاً حتى قالا للطالب اينا شئت أخذت بها . . . أوقالا هذه المقالة حين كفلا فهو سواء » . والسرخسى، ج ٢٠، ص ٣٨ : « هذه الزيادة الحقتها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور فى أصل الكفالة الأولى » .

(٢٣٢) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : « فان كانت هذه متفرقة أو متجمعة . . . وان لقى أحدهما فاشترط ذلك عليه بامر صاحبه ولقى الآخر فاشترط عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء » .

(٢٣٣) انظر فيما بعد . وقارن المسألة التى وردت بالمنتقى . انظر الحاشية ٢٢٩.

(٢٣٤) محمد، ص٣٤٥/٢ ، منسوباً لواضع المذهب الامام ابى حنيفة نفسه: « قال أبو حنيفة . . . اذا اشترط انه يأخذ ايهم شاء بحقه وكذلك اذا قال بعضهم كفلا على بعض ولم يقل بالمال فهو بالمال وكذلك اذا قال كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه » . و ص ٣٤٦/١ : « قالا للطالب اينـــا شئت أخذت بها » . والسرخسى، ج ٢٠، ص ٣٤ — ٣٥ : « لافرق فى هذا الحكم بين أن يشترط أن يأخذ ايهم شاء بحقه . . . وبين أن يشترط أن بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام » . و ص ٣٨ : « لو كتب ذكر حق على رجل بالف درهم وفلان وفلان كفيلان بها وايهما شاء أخذ بها » .

التضامن . على أن هذه العبارة تؤدى تماماً ما تؤديه الكفالة المتبادلة كما قد ذكر صراحة فى نص منسوب (لأبى يوسف) [٢٣٥] .

٣٥٠ — والمفروض هنا أن التزام الملتزمين نشأ عن سبب واحد [٢٣٦]، وان موضوعه واحد [٢٣٧] . وقد نص فى بعض الحواشى صراحة على هذين الشرطين . ولكن اشتراط توفرهما فى هذه النصوص يرجع إلى أن انتفاء الوحدة يخل بآثار التضامن فيما بين المدينين كما سنبينه [٢٣٨] ، حتى أنهم اشترطوا

أما اشتراط أن الحى يكفل الميت أو الملىء يكفل المعدم فلا يفيد ، لأنه ينطوى على الجهالة . وهذا هو فقه أبى حنيفة نفسه . انظر محمداً ، ص ٣٤٥ / ٢ : « فان قال مليهم على معدمهم أو قال حيهم على ميتهم فان هذا ليس بشىء » . والسرخسى أيضاً ، فى الموضع المشار اليه ، ص٣٥ . ونجم الدين النسفى : طلبة الطلبة ، ص١٤١ .

(٢٣٥) رضى الدين السرخسى . المخطوط ٣٢ بمكتبة الأزهر ، ج ١٢ : كتاب الكفالة ، نقلا عن المنتقى : « وفى المنتقى ... قال أبو يوسف إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة الكفالة من كل واحد منهما عن صاحبه » .

(٢٣٦) لذلك قد استبعدنا قصداً حالة الكفالة البسيطة . فان الكفيل العادى ، ولو أنه مسؤول بالتضامن وبغير حاجة إلى شرط خاص عن نفس الدين . إلا أن سبب التزامه يختلف عن سبب التزام الاصيل اذ ان سبب التزام الكفيل هو عقد الكفالة .

(٢٣٧) ويقول ابن الهمام بصدد المسائل المبحوثة هنا أن الدين واحد . انظر ج ٦ ، ص ٣٤٠ : « المديونين بدين واحد » .

(٢٣٨) عن وحدة السبب ، انظر ابن الهمام : ج ٦ ، ص ٣٣٧—٣٣٨ : « ولو كان نصف بقرض مثلا ونصفه ببيع وعين صح » . والطحطاوى ، حاشية ، ص ١٦٥ : « قوله دين عليهما أى استويا فيه ... سببا فلو اختلفا ... سببا كأن كان

كذلك ألا يكون الالتزام مؤجلا بالنسبة للواحد، إذا كان هو حالا بالنسبة للآخر (٢٣٩).

المبحث الثانى — الشرع

المطلب الأول — الحالة الاولى

٣٥١ — الشركاء فى شركة مفاوضة يكفل بعضهم بعضاً(٢٤٠). فاذاما التزموا

ما على أحدهما قرضاوما على الآخر ثمن مبيع ». وابن عابدين، ج ٤، ص ٣٩٦.

وانظر مع ذلك فى الزيلعى، ج ٤، ص ١٦٨، حالة تعدد الكفلاء إذا تعهد كل منهم بعقد على حدة ولكن بقدر من الدين: « إذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهى كالمسئلة الأولى ». وابن عابدين، ج ٤، ص ٣٩٧. على أن هذا الحل لا يمكن تبريره. لأن المبادىء الموضوعة لخصم مايدفع من ديون متعددة تقضى بانه إذا كان هناك دينان وجب كل بعقد على حدة فان للمدين أن يعين الدين الذى منه يريد خصم ما دفع. انظر السرخسى، ج ٢٠، ص ٤١: « لو كان لرجل على رجل ألف درهم فى صك وبه رهن وألف فى صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أى الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن ».

أما عن وحدة الموضوع، فان القاعدة العامة تقرر أن التعيين يكون دائما ممكنا إذا كان موضوع أحد النصيبين يختلف عن موضوع النصيب الآخر. انظر ابن الهمام، ج ٦، ص ٣٣٧ — ٣٣٨: « التعيين فى الجنس الواحد لغو ... فى الجنسين معتبر ».

(٢٣٩) الزيلعى، ج ٤، ص ١٦٧: « لو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه ». والطحطاوى، ص ١٦٥: « دين عليهما ان استويا فيه صفة ... فلو اختلفا صفة كأن كان ما على أحدهما مؤجلا وما على صاحبه حالا فان أدى صح تعيينه عن شريكه ». وابن عابدين، ج ٤، ص ٣٩٦.

(٢٤٠) القدورى، ص ٥٩، س ٢: « ما يلزم كل واحد من الديون ...

معاً كان كل منهم مسؤولا عن الالتزام جميعه[٢٤١]. ويلاحظ انه، خلافا لما هو حاصل فى تضامن الدائنين[٢٤٢]، التضامن هنا متحقق فى كل التزام[٢٤٣]،

فالآخر ضامن له ». والسرخسى، ج ١١، ص ١٧٧ : « بحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالباً بما يجب على صاحبه ». و ج ١٧، ص١٩٤ : « الكفالة العامة لكل واحد منهما عن صاحبه ». والكاسانى، ج ٦، ص ٧٤، س ١٢ : « كل واحد منهما كفيل عن الآخر ». والبابرتى، ج ٦، ص ٣٣٩ : « تنعقد على الكفالة ».

ولا يلزم ذكر الكفالة صراحة ، فهى مفروضة شرعاً . وقد جاء فى برهان الدين، الذخيرة، ج ٢، ص ٥٧٥ / ١ ما يفيد ذلك بجلاء : « ذكر الكفالة فى هذه الشركة ليس بشرط لكن عند صحة العقد ثبت حكم الكفالة ».

(٢٤١) ويكون كل منهم مسؤولا أيضاً عن الكل ولو ان واحداً فقط حضر عند العقد، ولكن أساس الالتزام يختلف . أما العاقد فيطالب بكل الدين على أساس العقد، وأما شريكه فعلى أساس الكفالة . انظر الكاسانى، ج ٦، ص ٧٢، س٣٤ : « صاحب الدين بالخيار ان شاء اخذ هذا بدينه وان شاء اخذ هذا بحق الكفالة ». والكفاية، ج ٥، ص ٣٨٤ : « ان شاء اخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء أخذ شريكه لكفالته عنه ». وكذلك الحال فى الالتزام الناشىء عن جريمة ارتكبها أحد الشركاء .

(٢٤٢) محمد، ص ٢٤٩ / ١ : « وليس الدين الذى يلزم أحدهما فيؤخذان به جميعاً كدين يجب لأحدهما خاصة دون الآخر ». وص ١/٢٥١ : « ولا يشبه الدين الذى على أحدهما الدين الذى لأحدهما ألا ترى أن كل دين لزم أحدهما فهو عليهما جميعاً إلا جناية أو مهراً وانه قد يكون الدين لأحدهما من ميراث أو غيره ولا يكون للآخر أن يتقاضاه ».

(٢٤٣) سواء كان ناشئاً عن عقد . كالالتزام الناشىء عن عقد بيع . محمد، ص ٢٥٠ / ٢ : « لو اشترى بضاعة ... ». وبرهان الدين، الذخيرة، ج ٢، ص

٥٧٥ / ٢ : « ثمن مشترى صحيح » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٢ ، س ٣٠ . والمرغينانى ، ج ٥ ، ص ٣٨٤ .

ولو فاسد . محمد ، ص ٢٤٩ / ١ : « لو ابتاع بيعاً فاسداً ... كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بالقيمة » . والمراجع المشار اليها آنفاً .

أوعن فسخه . بسبب الاستحقاق . محمد ، ص ٢/٢٥١ : « يرجع بالثمن على أيهما شاء» . أو بسبب عيب فى المبيع . محمد ؛ فى نفس الصفحة : «فان وجد المشترى عيبا ... يأخذ أيهما شاء » .

أو عن عقد اجارة أشياء . محمد ، ص ٢٤٨ / ٢ : « إذا استأجر ... دابة فى عملهما أو فى تجارتهما » . وابن الهمام ، ج ٥ ، ص ٣٨٥ : « أجرة ما استأجره » .

ولو كان موضوع الالتزام التسليم . محمد ، ص ٢٤٨ / ٢ : « أجر عبداً ... كان للمستأجر ... أن يأخذ الآخر بما يلزم صاحبه حتى يدفع اليه الذى أجره صاحبه » .

أو عن عقد اجارة أشخاص . محمد ؛ ص ٢٤٨ / ٢ : «واستأجر ... أجيراً » .

ولو كان موضوع الالتزام عمل شىء ، إذا كان الأمر متعلقاً بشركة أعمال . السرخسى ، ج ١١ ، ص ١٧٩ : « إذا تقبل أحدهما عملا أخذ الآخر به» . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٦٢٣ : « لصاحب الثوب أن يطالب بالعمل أيهما شاء » .

أو كان ناشئاً عن ضرر ، كما إذا هلك الشىء بخطأ منسوب للمودع . محمد ؛ ص ٢٤٩ / ١ : « لو كانت عند أحدهما وديعة فعمل بها كان ضامنا .. ويأخذ رب الوديعة أيهما شاء » .

أو للمضارب . محمد ، ص ٢٤٩ / ١ : « لو كان عندهما مال مضاربة فى نوع من المتاع فخالف أحدهما ... الضمان عليهما جميعاً » .

أو للمستعير . برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٥٧٧ / ٢ : « استعار دابة ليركبها ... فعطبت فهما ضامنان » .

أو للمستأجر . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٢ ، س ٣٣ : « والاجارات » .

ولا يهم ما اذا كان الخطأ منسوباً للواحد دون الآخر من الشركاء . أنظر برهان

ولو أنه لم ينشأ عن اعمال الشركة (٢٤٤) ، بشرط أن يكون ذا صبغة مالية (٢٤٥) .

الدين، الذخيرة ، الموضع المشار اليه : «فركبها شريكه إلى غير ذلك المكان فعطبت» .

وأخيرا قد ينشأ الالتزام عن جريمة ، كما فى حالة الغصب . محمد ، ص ٢/٢٤٨ : « اغتصب ... مالا فاستهلكه فانه يلزمه ذلك هو وصاحبه جميعا يأخذ الطالب أيهما شاء » .

أو الاتلاف . محمد ، ص ٢/٢٤٨ : « عقر دابة أو خرق ثوبا » .

(٢٤٤) إذا اشتروا مالا معداً للاستعمال الخاص . محمد ، ص ٢٥٠ / ٢ — ١/٢٥١ : « لو اشتريا جميعا وهو كسوة لأحدهما اما كان يأخذ أيهما شاء » . « وكذلك إذا اشترى خاصة نفسه » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٤ ، س ١٦ و س ١٩ : « وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد له منه .. للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء » .

كذلك الأمر فى حالة اجارة الأشياء أو الأشخاص . محمد ، ص ٢/٢٤٨ : « وان استأجره أحدهما فى شيء من أمره خاصة والأجر عليهما جميعا يأخذ الأجر أيهما شاء » . « وكذلك لو استأجر دابة يحمل عليها متاعا من متاع بيته خاصة ... فان رب الدابة يأخذ أيهما شاء » . وابن الهمام ، ج ٥ ، ص ٣٨٥ : « أجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة » . والكفاية ، ج ٥ ، ص ٣٨٤ : « وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر إبلا إلى مكة ليحج عليها فللمؤجر أن يأخذ أيهما شاء » .

(٢٤٥) وعلى ذلك يلزم أن يكون قد ترتب على ارتكاب الجريمة انتقال ملك من ذمة إلى أخرى (انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص٧٣ ، س ١٠ — ١١ . والسرخسى ، ج ١١ ، ص ١٩٠) . فلا تضامن إذا كانت الجريمة قد وقعت على نفس الدائن أو على نفس مورثه . محمد ، ص ٢٤٨ / ٢ : « إذا جنا ... جناية خطأ أو عمداً فلا شيء على شريكه ... وكذلك كل جناية فى نفس أو دونها » . ولا تضامن أيضاً فى الدين الناشيء عن صلح عن جناية . محمد ، ص ٢/٢٤٨ : « ولو صالح الجانى على مال من أرش الجناية لم يكن لصاحب الجناية على الآخر من ذلك شيء » .

المطلب الثانى – الحالة الثانية

٣٥٢ – الشركاء فى شركة العنان بالأعمال مسؤولون بالتضامن عن التزامهم بالعمل (٢٤٦) . ويسألون كذلك بالتضامن عن التعويض المستحق فى حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوبا لخطأ أحدهم فقط (٢٤٧). هذا ويستند التضامن هنا أيضا الى فكرة الكفالة ، على انه لا يتعدى

وفى الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٣ ، س ٩ – ١٠ أن أبا يوسف ، قد ذهب فى رواية إلى أن لا تضامن فى جميع الديون الناشئة عن جرائم ولو كانت الجريمة قد وقعت على المال : « روى عن أبى يوسف ، أن ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم إلا فاعله لأنه ضمان جناية » .

وكذلك الحال أيضاً فى المهر الواجب للزوجة على الزوج . محمد ، ص٢٤٩ / ١ : « المهر ... لا شيء على شريكه من ذلك » . والسرخسى ، ج ١١ . ص١٨٩ . وفيما وجب على الزوجة للزوج بالخلع . برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٥٧٥ / ١ . والكاسانى ، ج ٦ . ص ٧٣ . وفى النفقات . برهان الدين ، الموضع المشار اليه . والكاسانى ، المرجع المذكور .

(٢٤٦) القدورى ، ص ٥٩ : « ما يتقبله كل واحد من العمل يلزمه ويلزم شريكه » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٦ : « متى تقبل يجب عليه وعلى شريكه » . و« لصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما » . « قد لزمه كل العمل » .

(٢٤٧) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٦ ، س٥ : « وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به » . وقد جاء هذا عن طريق غير ظاهر الرواية باسناد بشر ، منسوباً إلى أبى يوسف ، إلى أبى جنيفة . وقد ذكر صراحة أن هذا الحكم مخالف للقياس . انظر قاضى خان ، ج ٣ ، ص ٦٢٤ : « عن أبى حنيفة ، ما جنت يد أحدهما كان الضمان عليهما يأخذ أيهما شاء .... » .

التضامن فى شركة العنان هاتين المسألتين (٢٤٨) .

٣٥٣ — وقد نص أحد فقهاء العصر الذهبى، وهو (قاضى خان)، على أن التضامن يتحقق أيضا بين الشركاء فى شركات العنان الأخرى على اختلاف أنواعها، اذا ذكرت الكفالة صراحة بعقد الشركة (٢٤٩) .

٣٥٤ — ولا يزول التضامن فيما بين الملتزمين بانحلال الشركة، خلافا لما هو حاصل فى التضامن بين الملتزم لهم (٢٥٠). ذلك أن التضامن بين الملتزمين

---

(٢٤٨) فهى فى الواقع قد ألحقت بشركة المفاوضة بالنسبة لهاتين الحالتين، وشركة المفاوضة تستند كما رأينا إلى فكرة الكفالة. انظر الكاسانى، ج ٦، ص ٢١: « ألحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة وفى حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس ». وقاضى خان، ج ٣، ص ٦٢٤: « صار فى معنى المفاوضة فى باب ضمان العمل ».

(٢٤٩) قاضى خان، ج ٣، ص ٦١٣: « ولا يكون فى شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه إذا لم يذكر الكفالة ». ويأخذ ابن عابدين بهذا الرأى. انظر ج ٣، ص ٥٢٦ .

(٢٥٠) محمد، ص ٢/٢٥١: « لو ادان أحدهما قبل الفرقة ديناً ثم افترقا كان له أن يأخذ أيهما شاء لأن هذا دين وجب قبل الفرقة». ولكن يلزم أن يكون الدين قد نشأ قبل حل الشركة. ففى الالتزام برد الثمن بسبب الاستحقاق، يلزم أن يكون الثمن قد دفع بالفعل قبل حل الشركة، ولا يهم بعد ذلك ان كان الاستحقاق قد حصل بعد الانحلال. محمد، ص ٢/٢٥١: «لواستحق المبيع بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبل الفرقة فانه يرجع بالثمن على أيهما شاء». فالرد فى الواقع يكون بدعوى استرداد، وأساسها الدفع. انظر أيضاً قاضى خان، ج ٣، ص ٦٢٣ . وبالعكس إذا كان الرد بسبب عيب فى المبيع، فلا ينشأ الالتزام إلا فى يوم صدور الحكم. انظر محمداً، ص ٢/٢٥١: « إذا وجد عيباً ولم يرد ولم يخاصم حتى افترقا لم يكن له أن يخاصم إلا من باعه ». وقاضى خان، ج ٣، ص ٦٢٣: « لو كان

لا يستند فى الواقع الى فكرة الوكالة (٢٥١) .

٣٥٥ — ويلاحظ انه بعد انحلال الشركة ، للدائن أن يطالب كلا من الشركاء بجميع الدين على أساس فكرة الكفالة المتبادلة، ولو أن العقد قد صدر من واحد فقط من الشركاء ، أو كانت الجريمة مصدر الالتزام قد ارتكبها أحدهم فقط (٢٥٢) .

المشترى رده على شريك البائع بالعيب قبـــل الفرقة وقضى له بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان له أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ... لأن ثمت إنما يجب الثمن على البائع وقت الرد فان كان الرد بعد الفرقة لا يكون للمشترى أن يطالب الآخر به »

(٢٥١) الوكالة يصح الرجوع فيها ، وقد تنقضى أيضاً بموت أحد الطرفين . وليس الأمر كذلك فى عقد الكفالة . فلا الكفيل يستطيع الرجوع فى تعهده . انظر برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٣ ، ص ١/٢٣٣ : « الكفيل بالمال إذا أخرج نفسه من عهدة الكفالة بحضرة المكفول له والمكفول عنه لا يخرج » . ولا موت الكفيل أو المدين يقضى على العقد . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٣ ، س ١٨ : « مات الأصيل قبل تمام السنة . . . هو على الكفيل إلى أجله » . « وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحل . . . وهو على الأصيل إلى أجله » .

لذلك يظل التضامن قائماً بعد انحلال الشركة . قاضى خان ، ج ٣ ، ص ٦٢٣ : « الشركة إذا انقطعت بقيت الكفالة » . والبابرتى ، ج ٥ ، ص ٣٣٩ : « لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٨٩ : « لتضمنها الكفالة ولا تبطل بالافتراق » .

(٢٥٢) محمد ، ص ٢/٢٥١ : « لو ادان أحدهما قبل الفرقة ديناً ثم افترقا كان له أن يأخذ أيهما شاء » . وقاضى خان ، شرح الجامع الصغير لمحمد ، المخطوط ٧٤٣ بدار الكتب : « مقتضى عقد المفاوضة على ما يذكر فى موضعه فيطالب كل واحد منهما بجميع الدين ، النصف بحكم الاصالة والنصف بحكم الكفالة » .

وعلى ذلك تكون وظيفة الكفالة المتبادلة أوسع أثراً فى حالة الانحلال . وهذه هى الحالة التى اعتبرها الفقهاء ، فى النصوص المتعلقة بالتضامن (٢٥٣) .

الفرع الثانى – آثار التضامن

المبحث الاول – علاقات الدائن بالمدينين

٣٥٦ – الأثر الأول للتضامن هو تمكين الدائن من مطالبة كل واحد من المدينين بجميع الدين (٢٥٤).

وللدائن مطلق الحرية فى توجيه مطالبته للواحد دون الآخر ، حسب اختياره (٢٥٥) . ويجوز للدائن أيضاً مطالبة جميع المدينين معاً فى وقت

(٢٥٣) محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « فى متفاوضين افترقا فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف » . والكاسانى ، جـ ٦ ، ص ١٥ : « وكذلك المتفاوضان إذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه » . والمرغينانى ، جـ ٦ : « وإذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة » . وابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ٢٩٨ .

(٢٥٤) محمد ، ص ١/٣٤٦ : « يأخذ أيهما شاء بالمال كله » . والسرخسى ، جـ ٢٠ ، ص ٣٤ : « له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال » . وقاضى خان ، جـ ٣ ، ص ٦١ — ٦٢ : « للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الالف » .

وفى حالة الشركة . محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين » . والمرغينانى ، البداية ، جـ ٦ ، ص ٣٤٠ .

(٢٥٥) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « يأخذ أيهم شاء ويرجع على أيهم شاء ويختار أيهم شاء » . وذلك فى الواقع تطبيق لقاعدة مقررة فى كتاب الكفالة وهى تقضى

واحد (٢٥٦) أو على التعاقب (٢٥٧) . ولا يضيع عليه حقه قبل الآخرين اذا قاضى أحد المدينين (٢٥٨) .

بأن للدائن مطلق الحرية فى اختيار مطالبـة الكفيل أو الأصيل. فليس إذا لحق التجريد وجود . انظر السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٢٨ : «للطالب أن يأخذ أيهما شاء». والكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٠ ، س ٢٧ — ٢٨ : « والطالب بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل » . وعلى ذلك لا يلزم أن تكون مطالبة الأصيل عسيرة لكى يستطيع الدائن مطالبة الكفيل . ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٤٨ : « سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا » .

(٢٥٦) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « يأخذ أيهم شاء إن شاء واحـداً وإن شاء جميعاً » . وهذا أيضاً تطبيق لمبدأ مقرر فى كتاب الكفالة . انظر المرغينانى ، ج ٦، ص ٢٩٩ : « له أن يطالبهما » .

(٢٥٧) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « يختار أيهم شاء ثم يختار الآخر بعد ذلك » . وبالنسبة للكفالة ، انظر محمداً ، ص ٣٥٦ / ١ : « قال أبو حنيفة لو كفل رجل بمال على رجل كان للطالب أن يأخذ . . . واحد بعد واحد » .

ويظهر مع ذلك أن فقهاً سابقاً فى العهد على محمد كان يذهب إلى أن اختيار الدائن يسقط حقه فى مطالبة الآخرين ، ما لم يمت المدين المطالب أو يعسر . أنظر محمداً ، ص ١/٣٦٦ : « وقال بعض قضاتنا . . . لم يكن له أن يعود على الآخر إلا أن يفلس أو يموت » .

(٢٥٨) وفى كتاب الكفالة رأى منسوب لابن أبى ليلى فحواه ان التزام الأصيل ينقضى بمجرد تعهد شخص بكفالة هـذا الالتزام . وعلى ذلك لا يكون للدائن سبيل أبداً إلا على الكفيل كما لو كان قد حصل تجديد للدين باستبدال المدين . وطريق هذا الرأى ، انه ليس من المقبول أن يلتزم شخصان معا وفى نفس الوقت بشىء واحد قبل شخص واحد ، إذ بذلك يصبح للدائن دينان بدلا من دين واحد ويكون الدائن بالتالى قد أثرى بالنسبة للدين الثانى دون ما سبب

٣٥٧ — على أنه ليس هناك ما يمنع الدائن من مطالبة كل مدين بقدر

وقد كان من السهل أن يجاب عن ذلك أن الاثراء لا يكون إلا إذا حصل وفاء والوفاء من الاثنين لايجوز. فالصحيح إذاً أن نقول ان الوفاء من أحدهما — لامجرد التزامه — هو الذى يقضى على التزام الآخر. وقد سلك البعض طريقاً آخر فى الاجابة عن هذا الاشكال. فقد لجأ هذا البعض إلى التفرقة المألوفة بين الدين والمطالبة، ويقول ان الكفيل لا يكون ملتزماً بدين بل بمجرد مطالبة . بينما الدين يكون على عاتق الأصيل وحده . ونرى أنه يمكن الاستغناء عن هذا التوجيه . فهو فى الواقع لا يرد تماماً على الاشكال . انظر فى هــذا كله السرخسى، ج ١٩ . ص ١٦١ : « ليس ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأنه وإن ثبت الدين فى ذمتهما فلان لا يكون الا من أحدهما ... [و] اختيار تضمين أحدهما .. لا يوجب البراءة ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما » . أما عن الرأى المخالف فقد جاء : « عند ابن أبى ليلى الكفالة توجب براءة الأصيل كالحوالة لأنه لا بد من وجوب الدين فى ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الأصيل منه لأن ما ثبت فى محل ما دام باقياً فى ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة وإذا ثبت فى محل آخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شاغلا لمحلين وقد ثبت الدين فى ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الأصيل » . وانظر أيضا الكاسانى، ج ٦، ص ١٠ . س ٢٧ و س ٢٩ — ٣٠ . والحصيرى، ج ٥ . كتاب الشركة . فى باب من الاستحقاق فى الشرى والضمان .

على أن رأى ابن أبى ليلى لم يسد . ومع ذلك نجد فى كتب الشروط نصوصا توضع للاحتراز من هذا الرأى . أما الرأى الذى عليــه الجمهور فهو ان الأصيل لا يبرأ لمجرد تعهد الكفيل وان مطالبة الكفيل أيضا لا تبرىء المدين كما أن مطالبة المدين لا تبرىء الكفيل . السرخسى، ج ٢٠ . ص ٢٨ : « بمطالبة أحدهما لا يسقط حقه فى مطالبـــة الآخر » . والكاسانى، ج ٦ . ص ١٠ ، س

حصته فقط رغم التضامن [٢٥٩]. ولكن لكل واحد من المدينين أن يرغم الدائن على قبول الوفاء بجميع الدين [٢٦٠].

٣٥٨ — ويلاحظ هنا أنه طبقا لأحكام الدعوى، يستطيع الدائن أن يحصل على حكم ضد جميع المدينين المتضامنين ولو أن الدعوى موجهة ضد أحدهم فقط. على أن الحكم بالنسبة للآخرين لا يكون الا بما هم فيه اصلاء [٢٦١].

---

٣١ — ٣٢ : « وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته » ، والمرغيناني، ج ٦، ص ٢٩٩ : « لو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر » . وابن عابدين، ج ٤، ص ٣٤٨ : « اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء » .

ولكن يظهر من نص وارد فى محمد ان ابن أبى ليلى نفسه قد استبعد فكرة براءة الأصيل فى حالة الكفالة المتبادلة أو التضامن. أنظر محمداً، ص ١/٣٦٦ : « قال ابن أبى ليلى يبرأ الأول والمال على الكفيل إلا أن يشترط أن كل واحد منهما كفيل على صاحبه » .

(٢٥٩) السرخسى، ج ٢٠، ص ٣٤ : « له أن يطالب أيهم بجميع المال مع بقاء حقه فى المطالبة الأصلية وهو أن يطالب كل واحد منهم بالثلث » . وكذلك فى الكفالة، للدائن الحق دائما فى مطالبة الأصيل دون الكفيل. انظر الحاشية ٢٥٨ .

(٢٦٠) فى الواقع للمدين — سواء على اعتباره كفيلا أو على اعتباره أصيلا — أن يرغم الدائن على قبول الوفاء. ولا يكون له ذلك إذا كان قد دفع قضاء عن الغير على سبيل التبرع. أنظر برهان الدين، المحيط، ج ٧، كتاب الكفالة، ص ٣١ منه : « كفل ثلثة عن رجل ... لو أدى أحدهم جميع الالف لا يجبر الطالب على القبول لأنه فى الثلثين متبرع عن الآخر [كذا] » .

(٢٦١) فلا يكلف الدائن باثبات حقه قبل المدينين الآخرين. ذلك أن

٣٥٩ — الأثر الثانى للتضامن هو اعتبار الوفاء الصـــادر من أحد

الكفيل ينوب عن الأصيل فى الدعوى . ولكن على اعتبار المدينين الآخرين كفلاء يلزم تجديد المطالبة ضدهم ، فان الأصيل لا ينوب عن الكفيل فى الدعوى . الواقع إذاً إن الحكم ، هنا أيضا ، هو مجرد تطبيق للاصول المقررة فى الكفالة . وقد ورد هذا الحكم فى برهان الدين ، المحيط ، كتاب الكفالة . وذكر فيه أنه جاء عن طريق غير ظاهر الرواية باسناد ابن رستم . وقد أورده ابن قاضى سماوة نقلا عن المحيط ، فى جامع الفصولين ، ج ١ ، ص ٥٠ — ٥١ ؛ وهو فيه أوضح : « باع منهما بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فبرهن على أحدهما ان له عليه وعلى فلان الغائب الفا وكل منهما كفيل عن الآخر بأمره يحكم على الحاضر بألف نصفه إصالة ونصفه كفالة فلو حضر الغائب قبل أخذ الألف لم يكن للبائع أن يأخذ ممن حضر إلا خمسمائة الأصلية إذ الحكم على كفيله حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل » .

ولكن قد يؤخذ من بعض النصوص أن الدعوى الموجهة لأحد المدينين تؤدى إلى الحصول على حكم بالكل ضد الآخرين ؛ فتكون النيابة بين المدينين مطلقة . انظر ابن قاضى سماوة ، ج ١ ، ص ٥٠ — ٥١ : « لو كان كل منهما كفيلا عن صاحبه ينتصب الحاضر خصما عن الغائب » . و « قال أبو الليث ، فى النوازل ، لو كفل كل منهما عن الآخر بأمره ينتصب الحاضر خصما عن الغائب » . وص ٤٨ : « لو كان قد ضمن كل منهما ما على الآخر من الثمن جاز ويقضى عليهما ولا حاجة إلى إعادة البينة على الغائب » . ومحمد بن الحسين . الفتاوى الانقروية ؛ ج ٢ ، ص ٩٣ . ولكن قد أشر بعضهم على هامش هذا الكتاب الأخير بما يفيد خطأ المؤلف . وقد استند المؤشر إلى نص المحيط البرهانى . وفى الواقع يظهر هذا النص قوياً لاستناده إلى القواعد الثابتة فى كتاب الكفالة ، وهو ما قد لاحظه ابن قاضى سماوة نفسه . انظر ص ٥٠ — ٥١ . وقد يستنتج من هذا التردد أن هناك اتجاها نحو اعتبار المدينين المتضامنين مرتبطين فيما بينهم برابطة أقوى من رابطة الكفالة المتبادلة .

المدينين مبرئاً لذمة الباقين (٢٦٢) .

على أنه توجد خلاف الوفاء طرق أخرى لانقضاء الالتزام . ولمعرفة حكمها يتعين تطبيق قواعد الكفالة .

١ — الوفاء بمقابل

٣٦٠ — الوفاء بمقابل الصادر من أحد المدينين يبرىء الباقين أيضاً ، على أن يكون للدافع حق الرجوع (٢٦٣) .

ويلاحظ أيضاً أن لا محل للكلام عن النيابة بين المدينين إلا إذا كانت الكفالة المتبادلة بأمر كل من المدينين . انظر ابن قاضى سماوة ، فى الموضع المشار اليه : «لا لو بلا أمره» . وانظر فى القواعد المقررة فى باب الكفالة . محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٨ : « قال ابو يوسف ومحمد فى رجل أقام البينة أن له على فلان كذا وان هذا كفل عنه بأمره فانه يقضي على الكفيل وعلى المكفول عنه . وان كانت الكفالة بغير أمره قضى عليه خاصة » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٦١ .

(٢٦٢) الوفاء الحاصل من أحد المدينين هو بلا ريب مبرىء للكل . فقد جاء أنه إذا صدر توكيل بقبض الدين من أحد المدينين على التعيين ، فان قبض الوكيل للدين من غيره يكون قبضا صحيحاً رغم نص التوكيل . انظر التتارخانية ، ج ٣ ، ص ١٩٤ / ٢ . وقد جاء هذا الحكم عن طريق غير ظاهر الرواية باسناد ابن سماعة ، منسوبا لأبى يوسف : « وفى نوادر ابن سماعة ، عن أبى يوسف ، رجل له على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فوكل رب الدين رجلا بقبضه من أحدهما بعينه فقبضه من الآخر جاز » .

وهذا الحكم هو كذلك تطبيق لقواعد الكفالة . فان وفاء الأصيل مبرىء للكفيل . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٢ : « يبرأ الكفيل كما إذا أدى » . كما أن وفاء الكفيل مبرىء للاصيل . انظر ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٤٨ : « اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر مالم توجد حقيقة الاستيفاء » .

(٢٦٣) محمد ، ص ٣٤٩ / ١ : « لو باعه ذلك بالألف كان له أن يرجع فى

٢ — حوالة الدين

٣٦١ — للمدين المتضامن أن يتنازل عن دينه لشخص ثالث . وهذا التنازل يبرئه من الدين ، ويبرأ معه المدينون الآخرون [٢٦٤] .

واذا تنازل الدائن عن دين لأحد المدينين وقيد هذه الحوالة بدينه على المدين ، فهو لا يستطيع بعد ذلك مطالبة المدين بشيء ، ولكنه يستطيع مطالبة الباقين بعد خصم نصيب المدين المتنازل له [٢٦٥] . ولهذا الأخير حق الرجوع

هذا كله على الذى عليه الأصل بالألف كلها » . والعتابى ، ص ١٠٧ /١ : « لو اشترى الطالب من الغريم بدينه شيئاً وبالدين كفيل برىء الكفيل » . وعلى ذلك تنقضى — بوفاء أحد المدينين بمقابل — حصته فى الدين وحصته فى الكفالة . وقد يتخذ الوفاء بمقابل صورة عقد نكاح . انظر العتابى، الموضع المشار اليه : « وكذا لو تزوجها بدين عليها وبه كفيل برىء الكفيل » .

(٢٦٤) ذلك أن حوالة الدين الصادرة من الكفيل تبرىء الأصيل . العتابى ، ص ١٠٧ /١ : « لو أحال الكفيل الطالب سقطت المطالبة عنهما » . على أن فى المسألة خلافا : « وقيل لا تسقط عن الأصيل » . ولكن فى الهندية ، ج ٣ ، ص ٢٦٣ ، نقلا عن السراج الوهاج . النص قطعى : « ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه برىء الكفيل والمكفول عنه » .

وكذلك حوالة الدين الصادرة من الأصيل تبرىء الكفيل . انظر الكاسانى ، ج ٦ ؛ ص ١٢ ؛ س ٨ — ٩ : « وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله » .

(٢٦٥) هذه المسألة من مسائل محمد ، وردت فى الزيادات . والنص الآتى منقول عن شرح الزيادات ، للعتابى ، ص ١/١٩٦ : « قال محمد . رجل كفل عن رجل بمال عليه بأمره فأحال الطالب غريما له على الكفيل على أن يؤدى من دين الكفالة صح لما مر وسقطت مطالبة المحيل عن الكفيل لأن دين الكفالة صار

على المدينين الآخرين اذا طالبه دائنه الجديد (٢٦٦).

٣ — هبة الدين

٣٦٢ — اذا وهب الدائن الدين لأحـــد المدينين يبرأ كذلك الآخرون(٢٦٧). ويرجع الموهوب له على الآخرين بقدر حصصهم (٢٦٨).

مشغولا بدين الحوالة . . ولرب المال أن يطالب الأصيل لأن ما عليه غير مشغول بشيء وسقوط المطالبة عن الكفيل لا توجب سقوط المطالبة عن الأصيل ».

(٢٦٦) العتابي ، المرجع المشار اليه : « وان طالب المحتال الكفيل فله أن يطالب الأصيل كما إذا طالبه المحيل قبل الحوالة » .

(٢٦٧) ذلك أن هبة الدين للاصيل تبرىء الكفيل . انظر محمداً ، ص٣٥٦ / ٢ : « لو وهب الطالب المال للذى عليه الأصل ولم يهبه للكفيل وقبله المطلوب جاز ذلك وبرىء منه الذى عليه الأصل والكفيل جميعا » . والكاسانى ، ج ٦ ، س ٣٣ — ٣٤ : « إذا وهب الدين من الأصيل برىء الكفيل » .

وكذلك هبة الدين للكفيل قد شبهت بالوفاء ، وتبرىء الأصيل كالوفاء . انظر افتخار الدين : الخلاصة ، ج ٢ ، فى الكفالة : « ولو وهب رب الدين الدين لأحدهما فهذا واداء المال سواء » . والنص عينه فى ابن البزاز ، ج ٧ ، ص ٧ .

(٢٦٨) محمد — والنص وارد على حالة الكفالة المتبادلة — ص ١/٣٥٨ : « ان كان لرجل على رجل الف درهم وكفل عنه بها ثلثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض بذلك ثم ان الطالب وهب المال لبعض الكفلاء لواحد منهم ... ان قبل ذلك ولم يرده فان المال له يأخذه من الذى عليه الأصل وان شاء أخذ نصفه من أى الكفيلين شاء » . وكذا فى حالة الكفالة البسيطة . ص ٢/٣٥٦ : « إذا وهب الرجل مالا على رجل قد كفل له به فوهبه للكفيل وقبله منه الكفيل فهو جائز وللكفيل أن يرجع على الذى عليه الأصل » . والطحاوى ، ص ٥٠ / ٢ : « وهبه له ... وقبل ذلك منه الكفيل ... الكفيل له أن يرجع بالمال على المطلوب » . والكاسانى ،

٤ — الابراء من الدين

٣٦٣ — وعلى العكس ، ان ابراء أحد المدينين من الدين لا يبرىء الآخرين إلا بقدر حصة المبرأ[٢٦٩]. ولا رجوع هنا للمدين المبرأ على المدينين الآخرين [٢٧٠] .

وإذا رد المدين الأبراء يعود الدين فى ذمته [٢٧١] بقدر حصته [٢٧٢].

جـ ٦ ، ص ١٣ ، س ٣١ — ٣٢ : «لو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل» .

(٢٦٩) ذلك أن ابراء الأصيل مبرىء للكفيل . الطحاوى . ص ٥٠ / ٢ : « إذا ابرأ المكفول له المطلوب من المال الذى كفل له به وقبل ذلك منه برىء منه المطلوب والكفيل جميعاً » . وافتخار الدين ، الخلاصة . جـ ٢ ، فى الكفالة : « لو ابرأ الأصيل برىء الكفيل » . والكاسانى ، جـ ١ ، ص ١١ ، س ٢٤ .

ولكن بابراء الكفيل لا يبرأ الأصيل . محمد . ص ٣٥٦ / ١ : « وانما ابراء الكفيل ابراء له خاصة » . والطحاوى ، الموضع المشار اليه : «ابرأ منه الكفيل ... كان للطالب أن يرجع بالمال على المطلوب » . والكاسانى : جـ ٦ ، ص ١١ ، س ٢٤ : « اذا ابرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل » .

(٢٧٠) محمد . الجامع الصغير . ص ٨٩ : « وان قال قد ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه » . وافتخار الدين . الخلاصة . جـ ٢ ، فى الكفالة : «الطالب ان ابرأ الكفيل فالكفيل لايرجع على الأصيل» . والعتابى: ص ١٠٧/١ : « لو ابرأ الطالب الكفيل لايرجع بشىء» . والكاسانى : جـ ٦ ، ص١٤ ، س٢ .

(٢٧١) الكاسانى . جـ ٦ : ص ١١ ، س ٢٧ : « ابراء الأصيل يرتد بالرد» . و س ٢٩ : « عاد الدين الى ذمته » .

(٢٧٢) لأنه فيما زاد على حصته يعتبر كفيلا ، ورده لا أثر له . أنظر الطحاوى ،

ولكن براءة المدينين الآخرين لا تتأثر بهذا الرد (٢٧٣).

٣٦٤ — هذا ويلاحظ أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين من حصته فقط فى الدين يبرأ الباقون بقدر هذه الحصة. وللدائن أيضاً أن يسقط التضامن

ص ٢/٥٠ : «سواء فى ذلك قبل الكفيل البراءة أو لم يقبلها». والكاسانى، ج ٦، ص ١١، س ٢٨ : «ابراء الكفيل لا يرتد بالرد».

(٢٧٣) وقد كان هذا الحل محل جدل. ذلك أن المسألة مستجدة. فهى لا توجد فى مجاميع محمد. وقد قرر ذلك صراحة برهان الدين. فى المحيط، ج ٣، ص ٢/٢٢١ : «لم يذكر محمد هذا الفصل فى شىء من الكتب». إنما عرضت لمن جاء بعد محمد من الفقهاء، كما يقول أيضاً برهان الدين، إذ جاء فيه أن الخصاف قد ذهب فى كتابه الشروط إلى أن الكفيل لا يبرأ. وقد ذكر برهان الدين هذا نقلا عن أجناس الناطق. وان فقيها آخر، وهو القاضى أبو حازم، يقول أن هذا هو رأى «الأصحاب». ولكن فى شرح على كتاب للطحاوى (٣٢١ هـ) ذكر أن هناك جدلا بين «المشايخ»، ففريق منهم يستند إلى أن التزام الكفيل التزام تبعى، ليقول أن الكفيل لا يبرأ ما دام الأصيل لا يزال ملتزماً — وهذا هو الحكم الذى أخذ به فى حالة عدم قبول الأصيل لهبة الدين. والفريق الآخر يستند إلى أن الكفيل لا يستطيع رد الابراء، ليقول أن الأصيل كذلك ليس له أن يرد. ولكن هذا القياس غير مقبول، ذلك أنه لا تأثير لابراء الكفيل على التزام الأصيل. ولذلك إذا لم يعتبر رده لن تتغير حالة الأصيل، وتفرض على الكفيل البراءة فرضا. أما إذا رد الأصيل الابراء فقد فقد الكفيل حقا واضحا. فمن الظاهر إذاً أن هذا الرأى يقصد إلى حماية الكفيل من تصرفات المدين. وهذه هى علته الحقيقية. ومن العبث بعد هذا أن يقال، كما فعل برهان الدين، أن للكفيل دائما الرد خلافاً للاصيل لأن الدين ليس على الكفيل بل عليه مجرد المطالبة.

وقد أورد برهان الدين كل هذا الجدل فى الذخيرة. وأورد المؤلفون من بعده المسألة على أنها خلافية، دون أن يقطع أحد منهم فيها برأى. انظر افتخار

عن أحد المدينين بان يبرئه من الحصة المستحقة عليه بصفته كفيلا . وفى هذه الحالة يستطيع الدائن مطالبة الباقين بجميع المبلغ (٢٧٤) .

٣٦٥ — وكذلك إذا منح الدائن أجلا (٢٧٥) لأحد المدينين، فان المدينين الآخرين يستفيدون من هذا الأجل بقدر حصة المدين المؤجل (٢٧٦).

الدين . الخلاصة، ج ٢ . فى الكفالة : « هل يبرأ الكفيل اختلف المشايخ فيه » . والكاسانى، ج ٦ . ص ١١ ، س ٢٩ — ٣٠ : « هل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل اختلف المشايخ فيه » . وكذلك فعل آخر الفقهاء المجتهدين قاضى خان . انظر الفتاوى، ج ٣ ، ص ٧٢ : « ان رد الأصيل ابراءه صح رده فى حق حقه فيبقى المال عليه وهل يبرأ الكفيل اختلف فيه المشايخ » .

(٢٧٤) وذلك كله مترتب على ما سبق الاستناد اليه من القواعد فبابراء الأصيل يبرأ الكفيل بينما الاصيل لا يبرأ بابراء الكفيل .

(٢٧٥) التأجيل يعتبر براءة مؤقتة . انظر برهان الدين . الذخيرة. ج ٣ ، ص ١/٢٢١ : «التأجيل براءة مؤقتة» .

(٢٧٦) ذلك أن الأصيل لا يستفيد من الأجل الممنوح للكفيل . محمد، ص ١/٣٥٨ : «وان أخر المال عن الكفيل سنة بعد الكفالة كان له أن يأخذ الذى عليه الأصل حالا» . والطحاوى، ص ٢/٥٠ : «اذا أخر الطالب المال عن الكفيل الى مدة معلومة لم يكن له ان يطالب الكفيل بالمال دون تلك المدة وكان له أن يطالب المطلوب بماله حالا » . والكاسانى، ج ٦ ، ص ٣ ، س ٣١ — ٣٢ .

بينما الكفيل يستفيد من الأجل الممنوح للاصيل . محمد، الموضع المشار اليه : « وان أخر الذى عليه الأصل لم يكن له أن يأخذ واحدا منهما الى الأجل » . والطحاوى ، فى الموضع المشار اليه : « وان لم يؤخر المال عن الكفيل ولكنه أخره عن المطلوب كان المال مؤخراً على المطلوب وعلى الكفيل الى المدة التى أخرها الطالب المطلوب » . والكاسانى، ج ٦ ، ص ٣ ، س ٣٣ — ٣٤ .

ويلاحظ أن موت المدين المتضامن لا يجعل الدين حالا على شركائه فى الدين (٢٧٧) .

٥ - اتحاد الذمة

٣٦٦ — إذا مات الدائن وانحصر الميراث فى احد المدينين المتضامنين برىء المدينون الآخرون (٢٧٨) . ولكن للمدين أن يرجع عليهم (٢٧٩) .

---

(٢٧٧) ذلك أن موت الكفيل لايسقط الاجل بالنسبة للاصيل . أنظر محمداً ص ٢/٣٤٤ : « ان مات الكفيل قبل الأجل فهى عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذى عليه الأصل حتى يحل الأجل » . وكذلك موت الأصيل لا يسقط الأجل بالنسبة للكفيل . محمد ، ص ٢/٣٤٤ : « لو مات الذى عليه الأصل قبل الأجل حلت عليه ولم تحل على الكفيل الا الى الأجل » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٣ ، س ١٨ — ٢٠ .

وقد طبقت هذه القواعد بالفعل على حالة الكفالة المتبادلة . أنظر محمداً : ص ١/٣٥٧ : « وكذلك لو كان رهط بعضهم كفلا بعض بمال الى أجل فايهم مات قبل الأجل فان المال يحل عليه ولا يحل على أصحابه » . وفى حالة شركة المفاوضة . ظهير الدين ، ج ٢ ، ص ١/٣١ : « ولو مات أحدهما حل على الميت حصته ولم يحل على الآخر » .

(٢٧٨) ذلك أن اتحاد الذمة فى شخص الأصيل يبرىء الكفيل من الدين . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ١ : « [لو مات الطالب] لو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٧٠ : « ان مات الطالب والمكفول عنه وارثه برىء الكفيل » .

وكذلك اتحاد الذمة فى شخص الكفيل يبرىء الأصيل . محمد ، ص ٢/٣٦٨ : « اذا كفل رجل لرجل بالف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه فقد برىء الكفيل من المال . . . وان كان كفل عنه بغير أمره فلا شىء على المكفول به ولا على الكفيل » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٧٠ : « رجل كفل لرجل بألف درهم

٣٦٧ — وفى الجملة يرى أن مختلف الوقائع القانونيـــة التى سردناها تقضى على الالتزام بالنسبة لجميع المدينين متى ما هى حدثت فى مصلحة أحدهم.

على أن الابراء من الدين وحوالة الدين الصادرين من الدائن لاحد المدينين لم يسقطا الدين عن المدينين الآخرين إلا بقدر حصة هذا المدين.

ثم مات الطالب والكفيل وارثه برىء الكفيل عن الكفالة . . . وان كانت الكفالة بغير أمره برىء المطلوب أيضاً ». فقد شبه اتحاد الذمة بالوفاء. افتخار الدين، الخلاصة، ج ٢، فى الكفالة : « هذا واداء المال سواء كذا لو مات الطالب فورثه أحدهما ». ونفس النص فى ابن البزاز، ج ٧، ص ٧ . على أن النصوص لا تقول أن الأصيل يبرأ ، ولكنها تجعل أساس مطالبة الدائن للمدين العقد الذى يربطه بالكفيل الوارث. ولا يمكن بغير هذه الطريقة تفسير عدم استطاعة وارث الدائن مطالبة المدين فى حالة انتفاء هذه الرابطة. ومع ذلك يقول الفقهاء أن الأرث من أسباب الملك. انظر قاضى خان، الموضع المشار اليه : « لأنه لما مات الطالب صار ذلك ميراثا عنه لورثته ». والكاسانى، ج ٦، ص ١٤، س ١ : « لأن الارث من أسباب الملك ». ولكن هناك نصا يظهر أنه يحل هذه المسألة طبقا لأحكام اتحاد الذمة. فيقول العتابى، ص ١٠٧/١: أن للكفيل وقد حل محل الدائن المتوفى أن يطالب الأصيل ولو أن الكفالة كانت بغير أمره : « لو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل سواء كان بأمره أو بغير أمره » .

(٢٧٩) محمد، ص ٣٦٨/٢ : « المال على المكفول به على حاله ان كان كفل عنه بأمره ». والكاسانى، ج ٦، ص ١٣ — ١٤ : « لومات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل ». وقاضى خان، الموضع المشار اليه : « لو ملك الكفيل المال فى حياة الطالب بالقضاء أو بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره وان كانت بغير أمره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث ».

المبحث الثانى ــ علاقات المدينين فيما بينهم

٣٦٨ ــ للمدين الموفى حق الرجوع على باقى المدينين . فيكون على كل منهم أن يؤدى له حصته بلا تضامن فيما بينهم (٢٨٠) . إلا أن المدين الذى رجع عليه الموفى يتحمل مع الموفى نصيب الباقين (٢٨١) ثم يرجعان معاً على هؤلاء الاخيرين (٢٨٢) . وبذلك يتحمل كل منهم فى النهاية حصته فى الدين ، ما لم يكن أحدهم معسراً فتتوزع حصته على الجميع (٢٨٣) .

٣٦٩ ــ أما موضوع الرجوع فهو ما كان واجباً على المدين أداؤه ، ولو أن الوفاء قد حصل بنقود أردأ (٢٨٤) . وكذلك يكون موضوع الرجوع فى

---

(٢٨٠) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « لو كان ثلثة نفر عليهم ألف درهم جميعا وبعضهم كفلاء عن بعض فادا المال أحدهم كله فان شاء رجع على كل واحد منهما بالثلث » .

وفى حالة الشركة . محمد ، ص ٢/٢٥١ : «أيهما اذا رجع على شريكه بالنصف» .

(٢٨١) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « وان شاء رجع على أحدهما بالثلث والسدس حتى يكون قد أدى حصته ويشركه فى الغرم » .

(٢٨٢) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « ثم يتبعان الآخر بالثلث» . والسرخسى، ج ٢٠ ، ص ٣٤ : « ثم يرجعان على الثالث إذا لقياه بالثلث ذلك بينهما نصفين » .

(٢٨٣) كما رأينا ، لا يلزم أن يكون هناك اعسار بالفعل ، فالحاضرون يتحملون نصيب الغائبين ، وبذلك يضمن بعضهم بعضا ضد خطر الاعسار .

(٢٨٤) محمد ، ص ٢/٣٤٨ : « لو كان المأمور كفيلا . . . الف درهم غلة أو زيوف أو نبهرجة رجع الدافع على المكفول عنه بألف بختية » . وافتخار الدين ،

حالة الوفاء بمقابل (٢٨٥).

ومع ذلك ليس للمدين الذى يرجع ما كان للدائن من التأمينات (٢٨٦)، وقد يكون رجوع الموفى خاصة مضموناً برهن (٢٨٧).

٣٧٠ — ويلاحظ أن المدين يستطيع التنازل عن حقه فى الرجوع، ولو أنه لم يقم بعد بالوفاء (٢٨٨).

الخلاصة. ج ٢، فى الكفالة: «كفل بدراهم صحــــاح جياد فاعطاه مكسورة أو زيوفا رجع بمثل ما ضمن لا بمثل ما أدا». وابن عابدين. ج ٤، ص ٣٧٧: «رجع بما أدى ان أدى بما ضمن والا بما ضمن وان أدى اردأ».

(٢٨٥) محمد. ص ١/٣٤٩: «لو باعه ذلك بالألف كان له أن يرجع فى هذا كله على الذى عليه الأصل بالألف كلها».

(٢٨٦) العتابى. ص ١/١٠٧: «لو كان بالدين رهن عند الطالب من المطلوب وقضى الكفيل الدين فلا سبيل له على الرهن».

(٢٨٧) الفتاوى الأنقروية. ج ١، ص ٣٢٨: «رجل كفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه أعطى الكفيل رهنا ذكر فى الأصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا جاز الرهن بذلك. قاضيخان. فى الكفالة بالمال». وهذه القواعد ولو أنها خاصة بالكفالة البسيطة ليس هناك ما يمنع من تطبيقها على التضامن.

(٢٨٨) الهندية، ج ٣، ص ٢٦٣ — ٢٦٤: «لو ابرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء الى الطالب من الدين... يجوز حتى لو أدى الكفيل الى الطالب بعد ذلك

المطلب الاول — شروط الرجوع

٣٧١ — لا رجوع على المدين الذى كفله الموفى بغير أمر منه [٢٨٩]. على أن هذا الأمر يفترض وجوده فى حالة ما إذا تعهد الاثنان معاً بصك واحد [٢٩٠].

٣٧٢ — ولا يكون الرجوع ممكناً كذلك إذا لم يحصل وفاء أو لم ينقض الدين بطريق آخر يقوم مقام الوفاء [٢٩١]. فلا سبيل إذاً لاحدهم على الآخر قبل الوفاء [٢٩٢]. ولكن إذا دفع أحدهم للآخر معجلاً باختياره يكون دفعه صحيحاً ولو أنه تم قبل الوفاء [٢٩٣].

٣٧٣ — وإذا أدى أحد المدينين جزءاً من الدين يخصم هذا الجزء من

لم يرجع به على الأصيل كذا ذكره الامام قاضيخان ، والامام المحبوبى ، كذا فى النهاية ».

(٢٨٩) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١١ ، س ٥ : «ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل اذا كانت الكفالة بأمره ».

(٢٩٠) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٣٨ : « ذكر حق على رجل بالف درهم وفلان وفلان كفيلان بها وأيهما شاء أخذ بها . . . اقرار كل واحد منهما بالمكتوب فى الصك بمنزلة أمر الأصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه ».

(٢٩١) أنظر النبذة ٣٦٠ وما بعدها فيما سبق .

(٢٩٢) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٢٩ : « ليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه ».

(٢٩٣) السرخسى، ج ٢٠ ، ص ٢٩ : « ولكن أن قضاه الأصيل فهو جائز».

نصيبه حتماً . فلا رجوع له اذاً ، اذا كان المبلغ المدفوع لايتجاوز مايخصه فى الدين (٢٩٤) . وإذا كان يتجاوزه لا يرجع إلا بالقدر الزائد (٢٩٥) .

وقد توسع الفقهاء فى الكلام عن هذه المسألة(٢٩٦) . وفى الواقع نرى أن المدفوع يخصم حتماً من نصيب الدافع أولاً ، لتفادى تسلسل الرجوعات(٢٩٧) .

---

(٢٩٤) محمد ، ص ٣٤٦ / ٢ : « واذا كان لرجل على ثلثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلا عن بعض بها فادا أحدهم مائة درهم فانه لايرجع على صاحبه بشىء منها لأنها من حصته وكذلك ما ادا حتى يبلغ الثلث فهو من حصته » . والقدورى ، ص ٦٥ : « ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد مايؤديه على النصف » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٥ ، س ٢ — ٣ : « فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٦٢ : « حتى يكون المؤدى أكثر من النصف » .

وفى حالة الشركة . محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « فى متفاوضين افترقا ... ولايرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٥ ، س ٢ — ٣ .

(٢٩٥) محمد ، ص ٢/٣٤٦ : « فان زاد على الثلث شيئاً فالزيادة عن صاحبه » . والقدورى ، ص ٦٥ : « ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد مايؤديه على النصف فيرجع بالزيادة » . والعتابى ، ص ٢/١٠٧ : « يرجع بالزيادة على صاحبه » .

(٢٩٦) وهم قد عرضوا للتضامن بمناسبة الكلام عن هذه المسألة . أنظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٣٠ ومابعده ، وجمهور الفقهاء .

(٢٩٧) ذلك ان الدافع ، اذا جعل ما دفعه خصماً من نصيب شريكه ، سيطالب بدوره عند مايدفع شريكه ، ويجعل هو أيضا مادفعه خصما من نصيب الآخر ، فيكون قد حصل الأداء مرتين والرجوع مرتين . ولكن اذا جعل المدفوع خصما من نصيب الدافع خاصة ، يستغنى فى الواقع عن هذين الرجوعين .

ومن جهة أخرى ، اذا جعل المدفوع خصما من جميع الانصباء على النسبة ، فذلك

وكل تعيين للمدفوع بخلاف ذلك لا يعتبر(٢٩٨) . فليس من الضرورى اذاً ولا من الصحيح أن يقال بأن هناك دوراً يجب تلافيه (٢٩٩) . ومن جهة

أيضاً يؤدى الى التسلسل ، اذ أن الدافع سيطالب بهذا الجزء النسبي ثم يطالب بجزء نسبي عندما يدفع شريكه . وانظر السرخسي ، ج ٢٠ : « ايقاعه من المال الذى عليه ليسقط عنه به اصل المال أولى لأن هذا الطريق أقصر . . . اذا جعل مؤديا عن نفسه لايحتاج الى الرجوع على أحد » .

والمنطق نفسه يقضى بأن يبدأ الانسان بالوفاء عن نفسه . أنظر ابن الهمام ، ج ٦ ، ص ٣٣٧ : « مقتضى العقل » . « العادة » .

(٢٩٨) محمد ، ص ٣٤٦/٢: «ولو قال هذا المال عن صاحبي أو عن احدهما لم يكن ذلك على ما قال». والكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٣١ : « ولا يقبل قوله فيه أنه أدى عن شريكه لا عن نفسه . . . وكذا اذا قال ابتداء انى اؤدى عن شريكى لاعن نفسى لايقبل منه » .

(٢٩٩) يقرر معظم الفقهاء ان رجوع المدين الذى أوفى بما هو دون حصته غير ممكن لأنه يؤدى الى الدور . السرخسي ، ج ٢٠ ، ص ٢٩ : «ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما أن يقولا أداؤه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا » . وانظر أيضاً المرغينانى، ج ٦ ، ص ٣٣٧ — ٣٣٨ . والزيلعى ، ج ٤ ، ص ١٦٧ ، فى آخرها .

فهم يقولون ان المدين الذى يرجع عليه الدافع يستطيع دائما أن يقول ان الكفيل هو وكيله فيكون دفعه بمثابة دفعه هو . ولما كان التعيين جائزا لاحدهما وجب أن يكون أيضا جائزاً للآخر . فله اذاً أن يخصم عين مادفعه وكيله من نصيب هذا الوكيل . وبذلك يرجع عليه بدوره مادام هو كفيله . وينتج من ذلك كما يقول الفقهاء ان الرجوعين يصطدمان فيؤدى ذلك الى الدور . وقد تناقل المؤلفون هذا العبث جيلا عن جيل لغاية ابن الهمام . أما ابن الهمام فلم يتردد فى نعت هذا الكلام بأنه « مجازفة عظيمة » ، وان « فى الحق ان هذا الوجه باطل » (انظر ج ٦، ص ٣٣٧) . فهو

سرعان ما لاحظ أنه من غير المعقول أن يقال بان هناك حقا فى الرجوع على المدين الذى أوفى، حقا يرتبونه على مجرد كونه قد دفع قضاء عن المدين الذى يريد أن يرجع. فمن العبث الادعاء ان وفاء هذا المدين كوفائه هو سواء بسواء. وحتى اذا سلمنا بهذا فانا لانرى كيف يجوز هدم تعيين الدافع بتعيين جديد صادر من الموكل. وها هو النص الوارد فى ابن الهمام: « مايقطع به فى الشرع ان المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى ». « كيف يكون أداء الانسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر ». « لايمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى ». ويقرر ابن الهمام، أنه مع التسليم بأن الرجوع ممكن، فلا يصح القول بوقوع الدور، بل يقال ان هناك تسلسلا فى الرجوعات. ولايكون ثمت دور الا اذا كان استعمال حق الرجوع موقوفا على استعمال حق الرجوع المقابل له، ولكن فى مسألتنا يرجع الدافع، ثم بتعيين المدفوع تعيينا جديداً، يستطيع شريكه أن يرجع بدوره. وهذا هو النص (ج ٦، ص ٣٣٨): « واعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على مايتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر أن يرجع ولايلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع للآخر استعاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه ».

على أن ابن الهمام قد أبى الأخذ بهذه الأوجه جميعها. ولكنا نرى أن التفسير الصحيح هو فى اعتبار وجوب تلافى تسلسل الرجوعات، كما بين ذلك.

وقد انضم الى ابن الهمام فى انتقاداته سعدى جلبى (ج ٦، ص ٣٣٨). وهو يزيد ان الوفاء الحاصل من المدين يمكن اعتباره حاصلا من وكيل، ولكن يجب فى هـذه الحالة خصمه حتماً من نصيب الموكل ما دام الموكل هو صاحب الحق. ولا يجوز بحال من الأحوال اعتباره حاصلا من الوكيل، عن الموكل بصفته كفيلا: « قوله لأن أداء نائبه عنه كأدائه عن نفسه بحق الاصالة... فسلم ولايفيد وان أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كادائه عن كفيله ».

أخرى لا يمكن القول أن التعيين هنا مستحيل [٣٠٠] بل هو فقط غير مجد .

(٣٠٠) هذا هو التوجيه الذى اختاره ابن الهمام . وهو موجود فى محمد ، ص ٣٤٦ / ٢ : « لأن المال واحد فكل شيء اداه من ذلك فهو عن نفسه خاصة ما بينه وبين الثلث » . والسرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٤٠ : «ان أراد أن يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لأن المال واحد وهو دين فى الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلغو نيته عن أحدهما » . وابن الهمام . ج ٦ . ص ٣٣٧ : « أما كونه يصرف نيته قلنا التعيين فى الجنس الواحد لغو » . ولكن الا يمكن القول أن التعيين جائز لأنه يوجد فى الواقع دينان أحدهما ناشيء عن العقد الأصلى والثانى ناشيء عن عقد الكفالة . ومن المبادىء المقررة فى نظرية الوفاء أن التعيين يكون فى هذه الحالة ممكناً . أنظر العتابى ، ص ١٠٧ / ٢ ، حيث المدين ملزم فى نفس الوقت بدينين مختلفين بموجب عقدين معينين : « لو كان عليه الف ثمن مبيع والف من كفالة فأدى الفاً وقال هى من الكفالة فابى الطالب أخذها الا منهما فله ذلك ولو اداها مطلقاً جعلها من ايهما شاء » . ومحمد ، ص ١/٣٥٤ : « لو كان لرجل على رجلين الف درهم فى صك ثم ان أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما فى الصك فجعلها من حصة المكفول عنه جاز ذلك وان لم يقل ذلك عند الدفع وجعلها بعد ذلك من حصة المكفول عنه فان القول قوله ويرجع بها على المكفول عنه » . وص ٣٥٣ / ٢ : « اذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة درهم فى صك صك منها قرض وصك منها كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب واشهد بها عليه وأشهد أنها من صك كذا وكذا فهى من ذلك الصك وان لم يشهد بذلك فقال المطلوب هى من كفالتى عن فلان وقال الطالب هى من كفالتك عن فلان آخر أو قال هى من القرض فان أبا حنيفة قال القول فى ذلك قول الدافع مع يمينه وكذلك قول أبى يوسف ومحمد » .

المطلب الثانى — الأساس القانونى للرجوع

٣٧٤ — ان رجوع المدين الموفى مبنى عل فكرة الوكالة (٣٠١). ولكن خلافاً لقواعد الوكالة (٣٠٢) لا رجوع إلا إذا كان قد حصل وفاء بالفعل.

وقد أريد بهذا الشرط استبعاد وقوع مطالبتين عن نفس الدين ضد شخص واحد (٣٠٣).

هذا وبالوفاء يحل الموفى محل الدائن فى حقوقه، ماعدا التأمينات (٣٠٤).

---

(٣٠١) الكاسانى، ج ٦، ص ١١، ص ١٥ — ١٦ : « الكفيل بأداء المال ... نائب عن [المطلوب] فى الأداء إلى الطالب ». لذلك لا يكون الرجوع ممكناً اذا صدر التعهد بغير أمر من الشريك فى الدين .

(٣٠٢) التيسير : « للوكيل أن يرجع على الموكل سواء نقد أم لم ينقد ».

(٣٠٣) الحصيرى، ج ٥، خط ٩٧، فى الكفالة: « للطالب أن يطالب الأصيل مع مطالبة الكفيل فلو طالبه الكفيل لاجتمعت المطالبتان من شخصين على واحد بالدين الواحد وذلك ممتنع ... أما ... فى الوكيل لا يملك البائع مطالبة الموكل لأن الحقوق ترجع إلى العاقد لا إلى الموكل فلو رجع الوكيل على الموكل قبل الاداء لا يؤدى إلى ما قلنا ».

(٣٠٤) التيسير: «رجوع الكفيل لم يكن بحكم الاداء بل بملك ما فى ذمته ». وابن عابدين، ج ٤، ص ٣٧٧ : « لملكه الدين بالاداء فكان كالطالب وكما لو ملكه بهبة أو ارث فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين ». وعن التأمينات، أنظر فيما سبق .

ويلاحظ أن الفقهاء قد بنوا الرجوع على أساس فكر ثلاث : الوكالة والقرض وتمليك الدين . وقد استندوا إلى كل فكرة بقدرما تفسر بها بعض مسائل الرجوع . انظر الكاسانى، ج ٦، ص ١١ .

المبحث الثالث ـ التضامن المركب

٣٧٥ ـ وردت فى «مبسوط» (محمد) صور مركبة للتضامن[٣٠٥]. وفى هـذه الصور لا يلتزم كل مدين بجميع الدين بل ينقسم المدينون إلى أفرقة ويلتزم كل فريق بجميع الدين. فى مسألة انقسم المدينون الأربعة إلى فريقين، اثنين فى كل فريق[٣٠٦]. وفى أخرى انقسم المدينون العشرة إلى أفرقة كل منها يجمع أربعة منهم[٣٠٧].

المطلب الأول ـ علاقات الدائن بالمدينين

٣٧٦ ـ للدائن أن يطالب أى فريق حسب اختياره بجميع الدين[٣٠٨]. وإذا اختار مطالبة واحد فقط من المدينين يلزم هذا الواحد بأن يدفع ـ فضلا عن نصيبه ـ الحصة التى تقع على عاتقه اذا وزع الباقى على أعضاء الفريق[٣٠٩].

---

(٣٠٥) ولا توجد هذه النصوص الا منقولة عن مبسوط محمـــد، فى السرخسى، جـ ٢٠. وفى رضى الدين، المحيط. وقد لخصها عن المحيط: ابن نجيم، فى البحر. أنظر جـ ٦، ص ٢٤٢. والسندى.

(٣٠٦) محمد، ص ٣٤٦ / ١: «إذا كان لرجل على أربعة نفر الف درهم ومائتى [كذا] درهم وكل اثنين منهم كفيلا عن اثنين بجميع المال».

(٣٠٧) محمد، ص ٣٤٦ / ١: «إذا كان لرجل على عشرة رهط الف درهم وجعل كل أربعة كفلا على أربعة بجميع المال».

(٣٠٨) محمد، ص ٣٤٦ / ١: «يأخذ اثنين أيهم شاء بجميع المـال». و «ويأخذ كل أربعة بالالاف كلها».

(٣٠٩) محمد، ص ٣٤٦ / ١: «يأخذ أيهم شاء واحدا بسبعمائة وخمسين».

المطلب الثانى – علاقات المدينين فيما بينهم

٣٧٧ – يرجع الدافع بالقدر الزائد على حصته على باقى المدينين (٣١٠). واذا رجع على واحد منهم فقط له أن يلزمه بأن يتحمل معه نصيب الباقين (٣١١). وتتعدد الرجوعات بعد ذلك لتستوى الحصص فيما بين

والسرخسى ؛ ج ٢٠، ص ٣٦ : « واما إذا أخذ الواحد منهم فى ربع المال وهو ثلثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفى الباق وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل . . . [و] إذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالباً الا بالنصف وذلك اربعمائة وخمسون فاذا ضممت ذلك إلى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين». ومحمد، ص ٣٤٦ / ١ : « وان أراد أخذ واحد أخذه بربع ما بقى من الالف *بعد حصته وان أخذ اثنين أخذهما بنصف ما بقى من الألف بعد حصتهم ». ولكن قد أورد رضى الدين ، فى المحيط ، نقلا عن مؤلف آخر ، ذكر أنه المختصر . رأيا يذهب إلى أن المدين يلزم فى الحالة الأولى للتضامن المركب بأن يدفع نصف الدين . وبذلك يتحمل كل منهم نصيباً فى المبلغ الذى كفله الفريق موزعا على اعضاء الفريق . على أنه اعتبر أن الرأى الأول هو الصحيح . انظر فى المخطوط ٣٢ بالازهر . كتاب الكفالة : « وذكر فى المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال . . . وجه ما ذكر فى المختصر أن عليه ثلثمائة بحكم الاصالة وثلثمائة بحكم الكفالة عن أحدهم لأن كل اثنين كفيلان عن اثنين بستمائة فيكون كل واحد كفيلا بثلثمائة ». ويقول بعد بصدد الحل الذى أورده محمد : « وهو الصحيح ».

(٣١٠) محمد، ص ١/٣٤٦ : « ان اداْ أحدهم نصف المال لحصته من ذلك الربع ولا يرجع بها على أصحابه وحصة أصحابه الربع ان شاء رجع على كل واحد منهم بالثلث من الربع وهو مائة درهم ». و « فان أخذ واحد [كذا] فادا ربع الألف فان ماية منها حصته لا يصرفها إلى غيره ومائة وخمسين عن اصحابه حصة كل واحد من ذلك التسع ويرجع به عليه ».

(٣١١) محمد ؛ ص ١/٣٤٦ : « إن غاب اثنين [كذا] ولقى الذى ادا الشاهد

المدينين (٣١٢) .

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية والقيمة العملية للتضامن السالب

المبحث الأول — الطبيعة القانونية

٣٧٨ — يمكن القول أن لفكرة التضامن السالب وجوداً فى التشريع الاسلامى. والمسألة التى يظهر من النصوص أنها قد كانت مبعث الفكرة هى تلك التى عرّضت قبل نشوء المذاهب على القاضى (شريح)(٣١٣). على أن ما ذكرت النصوص من حكمها يجعلها أقرب للالتزامات التخييرية منها للالتزامات التضامنية (٣١٤) .

أحد الثلاثة أخذه بمائتين فاذا أداها كان الغرم عليهم سواء على كل واحد منهما مائة » . و « ان لقيه دون أصحابه ويرجع عليه بنصف ما بقى حتى يشاركه فى الغرم فيكون عليهما نصفين » .

(٣١٢) وانظر فى تفاصيل العمليات الحسابيـة . محمد، ص ١/٣٤٦ — ٢/٣٤٦ . والسرخسى .

(٣١٣) أنظر الحاشية ٢٢٦ فيما سبق .

(٣١٤) محمد، ص ١/٣٤٥ : « قال أخبرنا محمد، عن أبى يوسف، عن أبى عبد الله الجلاب، أنه باع قوماً غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه فابا شريحاً [كذا] فى ذلك فقال اختر املاهم نخذه حتى يستوفى منه حقك ». وما نقله السرخسى، به بعض التحريف. انظر جـ ٢٠، ص ٣٤ : « وفى الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب [كذا] أنه باع قوما غنما على أن يأخذ ايهم شاء بحقه فابى شريح [كذا] رحمه الله ذلك [كذا] وقال [كذا] اختر املاهم نخذه حتى تستوفى منه حقك».

أما (أبو حنيفة) ، فتقول النصوص أنه قد رتب بجلاء على هذا الشرط — وهو محور المسألة المعروضة — أن للدائن حق مطالبة أى المدينين بجميع الدين [٣١٥].

الا أن رغم مظهره الخاص فان هذا الشرط لم ينتج ابداً فى فقه (أبى حنيفة) نفسه شيئاً آخر غير الكفالة المتبادلة [٣١٦] ، حتى اننا نجد فى غالب الاحايين أن الكفالة المتبادلة قد اشترطت صراحة [٣١٧] .

وعلى ذلك نقول ان فكرة التضامن بقيت متطفلة على الكفالة. فالتضامن فى التشريع الاسلامى هو فى صميمه كفالة متبادلة ، وآثاره جميعها — سواء منها ما يخص علاقات الدائن بالمدينين [٣١٨] أو ما يخص علاقات المدينين فيما بينهم [٣١٩] — تخرج من نظرية الكفالة .

---

(٣١٥) محمد ، ص ٣٤٥/ ١ : « وقال أبو حنيفة ، إذا اشترط عليهم ان بعضهم كفلاء على بعض بالمال فانه يأخذ أيهم شاء ويرجع على ايهم شاء ويختار ايهم شاء ثم يختار الآخر بعد ذلك وكذلك إذا اشترط انه يأخذ أيهم شاء بحقه » .

(٣١٦) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٣٥ : « لا فرق فى هذا الحكم بين أن يشترط أن يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر فى الحديث وبين أن يشترط أن بعضهم كفيل عن بعض بالمال » .

(٣١٧) قاضى خان ، شرح الجامع الصغير لمحمد ، المخطوط ٧٤٣ : « رجلان اشتريا عبداً بألف على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الالف النصف بحكم الاصالة والنصف بحكم الكفالة » .

(٣١٨) ابن قاضى سماوه ، ج ١ ، ص ٥٠ — ٥١ : « باع منهما بالف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ... الحكم على كفيله حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل » .

(٣١٩) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٣٤ : « للمؤدى أن يرجع ... لأن كل واحد منهم أصيل فى ثلث المال والمؤدى قد كفل عن كل واحد منهما فى ذلك الثلث بأمره » « وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلانه كفل عنه وادى

٣٧٩ — ويترتب على ما تقدم أن كل مدين متضامن يعتبر — إذا حلّ التزامه — ملزماً بصفته أصيلا عن بعض الدين، وبصفته كفيلا عن البعض الآخر. والدائن من ناحيته يقبض الدين جميعه من المدين الواحد بمقتضى سببين مختلفين [٣٢٠].

لذلك وجدنا الوقائع القانونية التي تؤثر في نصيب احد المدينين المتضامنين على اعتباره اصيلا تؤثر كذلك في انصباء الآخرين على اعتبارهم كفلاء. وبالعكس لم تؤثر هذه الوقائع في انصباء الآخرين لمجرد تأثيرها في نصيب احد المدينين المتضامنين على اعتباره كفيلا.

وأما السدس فلأن المؤدى مع الذى لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء ».

(٣٢٠) أما في القوانين الحديثة، فان كل واحد من المدينين المتضامنين يعتبر بالنسبة للدائن أصيلا في كل الدين. انظر بودرى لاكتينيرى وبارد. ج ٢ ، ص ٣٤٦ ، نبذة ١٢٣١. وانظر أيضاً ديمولومب، ج ٢٦ ، ص ١٧٥ ، نبذة ٢٠٩ :

« Il faut se garder de décomposer l'obligation de chacun des débiteurs solidaires en une obligation principale et une obligation accessoire de cautionnement. Cette espèce d'analyse pourrait sans doute paraître ingénieuse . . . Eh bien, non, cela n'est pas vrai . . l'obligation solidaire ... est au contraire une obligation unique dans laquelle il faut que chacun des débiteurs soit obligé à la prestation de la chose, aussi totalement que s'il eût seul contracté l'obligation ».

وقارن مع ذلك المادة ١٠٨ / ١٦٢ — ١٦٣ من القانون المدنى المصرى :

« ... يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضاً في وفاء المتعهد به وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل ».

هكذا الامر فى الابراء من الدين[٣٢١] وفى منح الاجل [٣٢٢]. واذا كان الوفاء او ما يقوم مقـامه من طرق انقضاء الالتزامات يؤثر فى الدين تأثيراً

(٣٢١) وفى القوانين الحديثة ، الابراء الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يبرىء الباقين ما لم يقرر الدائن صراحة حفظ حقوقه ضد هؤلاء . وفى هذه الحالة الأخيرة لا يستطيع المطالبة بدينه إلا بعد خصم نصيب المبرأ . انظر المادة ١٢٨٥ من القانون المدنى الفرنسى . وفى التشريع الاسلامى لا يكون الدائن فى حاجة إلى مثل هذا التحفظ الصريح (انظر فيما سبق). على أن نص المادة ١٢٨٥ قد وجهت اليه سهام النقد . فقد جاء فى بودرى ، ص ٣٩٣ ، نبذة ١٢٨٠ ، أنه ليس ثمت سبب يدعو إلى جعل المدينين يستفيدون من الابراء الصادر لصالح أحدهم . لذلك قد جاء القانون المصرى مصححاً للقانون الفرنسى ، فقد نصت المادة ١١٤ / ١٧٠ على أنه: « إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مداينيه المتضامنين ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل ابراء ذمته فقط ما لم يكن الابراء عاماً للجميع ثابتاً إذ لا يحكم فيه بالظن ». ويكون التشريعان بذلك قد توافقا . ولكن إذا كان التشريع الحديث يأبى جعل أثر الابراء عاماً فذلك بناء على قاعدة ان ليس للاتفاقات أثر إلا فيما بين عاقديها (انظر بودرى) . أما فى التشريع الاسلامى فذلك بناء على قاعدة أن الابراء من الالتزام التبعى لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام الأصلى .

(٣٢٢) ففى التشريع الاسلامى يستفيد المدينون المتضامنون من الأجل الممنوح، بقدر حصة المدين المؤجل (انظر فيما سبق). وليس الأمر كذلك فى القوانين الحديثة . انظر ديمولومب ، ج ٢٦ ، ص ١٧٩ ، نبذة ٢١٧ . ولكن استثناء ، لا يستتبع سقوط الأجل بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين سقوطه بالنسبة للآخرين ، ولو أن سقوطه قد تناول حصة المدين على اعتباره أصيلا (انظر فيما سبق) . أما فى القوانين الحديثة ، فلا تأثير لسقوط الأجل لأن كلا من المدينين ملزم بكل الدين على اعتباره أصيلا ، فهو لا يتحمل شيئاً بالتبعية . انظر المواد ١٢٠١ / ١٠٩ / ١٦٥ .

وفى الجملة ، فان الصفة التبعية لبعض التزام المـــدين المتضامن هى التى توجد الاختلافات بين التشريعات الحديثة والتشريع الاسلامى . وانظر جوسران ، ج ٢ ،

عاما شاملا للجميع فذلك لانه يقضى على الالتزام فى صميمه (٣٢٣). فان موضوع

ص ٤١٤ ، نبذة ٧٦١ : « Il est bien vrai qu' à aller au fond des choses, les codébiteurs solidaires jouent, dans la réalité, le rôle de cautions ... chacun joue, vis à vis des autres, le rôle de caution dans la mesure qui excède sa part d'intérêt. . . . Mais ce point de contact signalé, les différences abondent entre les deux variétés (solidarité et cautionnement) de sûretés personnelles; *elles découlent essentiellement de cette idée que la caution n'est qu'un débiteur de second plan*. . . tandis que les codébiteurs solidaires sont tous des débiteurs principaux de première ligne ».

ويلاحظ مع ذلك أن من أهم آثار هذه الصفة فى القوانين الحديثة — حق التجريد، وهذا الحق لا يعرفه التشريع الاسلامى .

(٣٢٣) انظر فيما سبق. والحكم كذلك فى القوانين الحديثة. انظر المادة ١٢٠٠ من القانون المدنى الفرنسى : « Le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier. » وعن الوفاء بمقابل، انظر ديمولومب، ص ٣٢٧ ، نبـــذة ٣٩١ : «L'effet extinctif de cette opération est aussi absolu que celui du paiement dont elle tient lieu».

وكذلك عن اتحاد الذمة، فان حكمها فى التشريع الاسلامى كحكمها فى القوانين الحديثة، ولو أنها فى الأول قد شبهت بالوفاء. فالمدين المتضامن الذى وقع فى شخصه اتحاد الذمة يرجع على باقى المدينين بالقدر الزائد على حصته (انظر فيماسبق). وكذلك الحال فى القوانين الحديثة. انظر المادة ١١٣/١٦٩/١٢٠٩ : « إذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين » .

الالتزام فى الواقع واحد (٣٢٤) ، ويزول موضوعه سواء كان الموفى هو الكفيل أو الاصيل .

وحوالة الدين ، كالاستبدال فى القوانين الحديثة ، ينقضى بها الالتزام بالنسبة للجميع . انظر فيما سبق . والمادة ١٢٨١ من القانون المدنى الفرنسى .

(٣٢٤) ولكن الالتزام واقع على عاتق عدة أشخاص . وقد حاول الفقه الحديث تفسير هذه الظاهرة القانونية بالاستناد إلى فكرتين: تعدد الروابط ووحدة الدين . (انظر كولان وكابيتان) . وفى التشريع الاسلامى لجأ أيضاً الفقهاء إلى التفرقة بين « الدين » و «المطالبة» . فالمدين المتضامن على اعتباره كفيلاً لا يقع على عاتقه دين بل يطالب فقط به . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص١٠ ، س١٤ — ١٥ : « يطالب الكفيل بدين واجب على الأصيل لا عليه فالدين واحد والمطالب به اثنان» . ويقصد بالمطالبة الدعوى مجردة عن الحق ، من ذلك « حقوق العقد» المخولة للوكيل، هى جميعاً حقوق مطالبة لا حقوق بمعناها الصحيح، إذ الحق بهذا المعنى لصاحب الحق وهو الموكل . انظر برهان الدين ، المحيط ، ج ٢ ، ص٧ : «المطالبة قد تنفصل عن وجوب الدين ألا ترى أن الوكيل بالشرى يطالب بأصل الثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو ابرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وتسقط المطالبة عن الوكيل» . ويظهر أن هذا هو التوجيه السائد بين الفقهاء . انظر ابن عابدين، ج ٤ ، ص٢٧٧ : «ليس الدين على الكفيل على المختار» . ولكنه انتقد ، فقد قيل أن التفرقة بين الدين والمطالبة من قبيل المستحيلات . انظر الكفاية ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ : « المطالبة بالدين ولا دين محال » . ذلك أن المطالبة تفترض حتما وجود دين . وقد أجيب عن ذلك أن المطالبة تستلزم حتما وجود الدين لكى توجد ، ولكنها قد تنفصل عنه . انظر برهان الدين ، الموضع المشار اليه : « المطالبة وجوداً لا تتصور إلا بعد وجود أصل الدين فأما استحقاقاً فتقبل الفصل عنه » .

وفى التشريع الرومانى كذلك، وجدت هذه التفرقة . انظر بوكلاند ، فى حدود التزام الـ *fideiussor* أو الكفيل ، فى المجلة التاريخية Rev. Hist. ، سنة ١٩٣٣ ، ص ١١٦ — ١١٩ ، حيث جاء : « Le *fideiussor*.., comme l'ἔγγυος

٣٨٠ — وهذا التصوير يفسر كذلك علاقات المدينين فيما بينهم . فقد قلنا ان الدافع لا يرجع الا اذا كان المبلغ المدفوع قد تجاوز نصيبه فى الدين . وذلك مترتب على انه فى الزائد فقط يعتبر كفيلا ، اما فيما دونه فهو اصيل (٣٢٥) .

---

grec, promet *d'être responsable pour le fait du débiteur.* Le mot «*fides*» signifie "*Bindung*" "*Haftung*". Ce n'est que dans un temps postclassique (D. 46. 1. 65, Hermog.) que le *fideiussor* paraît comme promettant *son propre fait.* [Tandis que] le *sponsor* promet son propre fait. La seule connexion avec la stipulation principale, c'est l'identité d'objet».

وقد توسع فى بحث هذه التفرقة الفقهاء الألمان، لا سيما جيركه GIERKE . انظر ليفى اولمان ، محاضرات لطلبة الدكتوراه ، بجامعة باريس (سنة ١٩٢٥ — ١٩٢٩):
« Il a réussi à faire admettre par ses compatriotes qu'il fallait détacher du rapport obligatoire tout ce qui concerne les éventualités de poursuite et de saisie. D'où deux éléments : (1) La *Schuld* la dette, le devoir juridique. (2o) La *Haftung*, la responsabilité. Ainsi, il n'y a pas de rapport obligatoire entre celui qui cautionne et le créancier, tandis qu'il y a *Haftung*».

فيكون المدين المتضامن فى التشريع الاسلامى—إذا أخذ بهذه التفرقة— ملزما فى البعض بدين وفى البعض بـ «مطالبة» . ودفع المبلغ جميعه يبرئه فى آن واحد من الدين ومن المطالبة، كما يبرأ كذلك شريكه فى الدين، لأن ما كان واجباً عليه اداؤه قد وصل إلى يد الدائن . أما فى الفقه الحديث ، فيبرأ المدين المتضامن—إذا أوفى— من رابطة قد تشبه «المطالبة» . ويبرأ كذلك الشريك، لأن الدائن قد وصله حقه. وقارن مع ذلك التفرقة التى جاء بها ديمولان (DUMOULIN) بين الـ « *Vinculum* » والـ «*Commodum*». انظر بلانيول وريبير ، جـ ٧ ، ص ٤١٢ ، نبذة ١١٠٤ .

(٣٢٥) وفى القوانين الحديثة، إذا كان قد دفع بعض الدين، يرجع بنسبة مادفع.

٣٨١ — هذا ويتضمن التضامن السالب كذلك نيابة المدينين بعضهم

انظر ديمولومب ، نبذة ٤٤٤ : «Sans distinguer si la somme qu'il a payée est supérieure ou inférieure à la part et portion qu'il devra supporter définitivement dans la dette ».

وهذا الحكم ينتج من كون كل واحد من المدينين ملزماً بكل الدين بصفته أصيلا ، فانه لهذا السبب يخصم مايكون قد دفعه من كل المبلغ حتماً. ولكن المدينين المتضامنين معتبرون فى الفقه الحديث نفسه كفلاء بعضهم عن بعض فى علاقاتهم فيما بينهم. انظر بودرى ، ص ٣٤٦ ، نبذة ١٢٣١ . على أن هذا الحكم قد انتقده فى فرنسا Rodiere . انظر ديمولومب ، ج ٢٦ ، ص ٣٨٦ ، نبذة ٤٤٦ ، مشيراً إلى Rodiere: «S'il a payé une somme supérieure à sa part, il peut répéter tout ce qui excède cette même part ».

ولذلك نجد التشريع الاسلامى نفسه — فى الأحوال التى يكون المدينون فيها ملزمين كل واحد منهم بكل الدين — يبيح رجوع من دفع على الآخرين ، إذا تكافلوا ، ولو كان دفعه جزئياً . من ذلك مسألة المكاتبين . فهما لا يعتقان إلا إذا دفعا جميع المبلغ المتفق عليه ، ولا يصبح أحدهما حراً بدفعه نصيبه فقط ؛ فهو إذاً ملزم بالكل . وإذا دفع بعض الدين ، يرجع على شريكه . أنظر الكرابيسى ، الفروق ، فى الوكالة ، ورقة ٢٤ منها: « فى الكتابة الجهة جهة واحدة لأن جميع المال مضمون على كل واحد بالكتابة إذ لو لم يجعل كذلك لكان بعضهم أصلا وبعضهم كفالة والكفالة بمال الكتابة لا تجوز فما أدى أحدهما وقع عن نفسه وصاحبه » . والسرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٣٩ — ٤٠ : « مارضى بعتق واحد منهما إلا بعد وصول جميع المال اليه فى جعله عن نفسه بغير شرط مذكور فى العقد قضا وذلك لايجوز » . وقاضى خان ، شرح الجامع الصغير : « فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٣٨ : « يجعل كل واحد فى حق المولى كأن المال كله عليه » .

وكذلك فى حالة تعدد الكفلاء بعقود متفرقة يلتزم كل كفيل بكل الدين ، فاذا

عن بعض نيابة جزئية(٣٢٦). على أن هذه النيابة أيضاً مبنية على نظرية الكفالة . ففي الواقع ، يتضمن عقد الكفالة بذاته وكالة(٣٢٧). وبناء على هذه الوكالة يستطيع الكفيل أن يقوم باثبات وفاء الأصيل للدين المطالب هو به(٣٢٨)، ولو انه لا يستطيع اثبات عدم مشروعية سبب التزام الأصيل (٣٢٩).

تكافلوا ، يرجع الدافع على الآخرين ولو كان الدفع جزئياً . أنظر محمداً ، ص٢/٣٤٥: « أخذ أحدهما بالنصف » . والقدورى ، ص ٦٥ : « ما أدى أحدهما يرجع بنصفه على شريكه قليلا كان أو كثيراً » . والكرابيسى ، الموضع المشار اليه : « فى الكفالة الجهة جهة واحدة وليس بعضها أصلا وبعضها كفالة » .

(٣٢٦) أنظر فيما سبق .

(٣٢٧) أنظر فيما سبق .

(٣٢٨) ذلك أنه فى الأصل لا يمكن اثبات الحق إلا إذا كان صاحبه حاضراً فى الدعوى، هو أو من ينوب عنه . أنظر السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٨٥ : « البينة للغائب أو على الغائب لا تقبل إذا لم يكن عنه خصم حاضر » . وابن قاضى سماوه ، ج ١ ، ص ٥٩ : « فبرهن عليه الكفيل أن المديون أداه تقبل وينتصب الكفيل خصما عن المديون إذ لا يمكنه دفع الدائن إلا بهذا » . والطرابلسى ، معين الحكام ، ص ٦٠ : « لو طالب الدائن كفيله بدينه فبرهن الكفيل على أداء المدين الغائب يقبل وينتصب الكفيل خصما عن المدين إذ لا يمكن دفع الدائن إلا بهذا » .

(٣٢٩) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٨٥ : « باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٦٨ — ٦٩ يذكر أيضاً دين القمار : « دين قمار . . . أو ما أشبه ذلك » . « لا يقبل قوله . . . لا تقبل بينته . . . لو اراد أن يحلف الطالب لا يلتفت اليه » . ولكن ابن قاضى سماوه — بعد ايراد حكم المسألة نقلا عن برهان الدين ، المحيط — يقول بوجوب السماح للكفيل بان يقوم بعبء الاثبات فى هذه الحالة أسوة بحالة الوفاء . أنظر ج ١ ، ص ٤٥ : « أقول ينبغى أن تقبل بينة الكفيل . . . فكذا نقول هنا » . على أن هذا الحكم

وعلى العكس لاينوب الأصيل عن الكفيل فى الدعوى(٣٣٠). ولذلك تعتبر نيابة المدينين بعضهم عن بعض فى التضامن السلبي نيابة ناقصة.

المبحث الثانى — القيمة العملية

٣٨٢ — ان التضامن فيما بين المدينين بالشكل الذى جاءت به النصوص هو فى الواقع من أوثق التأمينات التى يتوصل بها الدائن الى حقه. وهذه الفائدة العملية قد لاحظها (السرخسى) (٣٣١).

وقد قلنا ان هذا التضامن مبنى على الكفالة. الا انه يؤدى فى الواقع الى ايجاد حالة تكاد تتحد فى نتائجها العملية مع تلك التى يسميها الفقه الحديث بالتضامن السالب (٣٣٢).

قد ورد بصورة قاطعة فى مؤلفات الفقهاء، وذلك أيضاً فى حالة الكفالة المتبادلة. أنظر السرخسى، ج ٢٠، ص ٨٥ — ٨٦: « وكذلك ان كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه لأن أصل المال على غير هذا الكفيل فهو لايكون خصما فيما على غيره».

(٣٣٠) ابن قاضى سماوه، ج ١، ص ٥٠ — ٥١: « الحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل ... له عليه الف فكفل بأمره فبرهن على الأصيل ان لى عليك كذا وفلان كفل به بأمرك يقضى على الأصيل ولا يكون هذا قضاء على الكفيل فلو لقى الكفيل ليس له أن يأخذ منه شيئاً قبل أن يعيد البينة». و « الأصيل لا ينتصب خصما عن الكفيل».

(٣٣١) السرخسى، ج ٢٠، ص ٣٤: « انما أوردنا هذا [الحديث] لنبين أنه يجوز أن يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما فى هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق، فان بدون هذه الكفالة لم يكن له أن يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال».

(٣٣٢) قد رأينا أن الاختلافات من الوجهة العملية طفيفة. ذلك أن الكفيل

المبحث الثالث ـ الفقه العملى

٣٨٣ — تستعمل الكفالة المتبادلة كحيلة للتخلص من براءة الأصيل فى

لا يتمتع فى التشريع الاسلامى بالحقوق التى حرم التشريع الحديث منها المدينين المتضامنين . لذلك يعتبر التضامن فى التشريع الحديث أوثق من الكفالة . أنظر جوسران ، ج ٢ ، ص ٤١٤ ، نبذة ٧٦١ : « La solidarité entre débiteurs offre donc au créancier plus de sécurité que le cautionnement ».

وقد نشأ التضامن فى روما كأثر لتخفيف وطأة الالتزام عن الكفيل . انظر جوسران ، المرجع المشار اليه : « ...née, à Rome, des adoucissements apportés à la situation des cautions ».

ولذلك يقرر هوزريو (انظر المجلة التاريخية ، ص ٢٢٧) : « Les créanciers de Rome avides de sûretés plus que tous autres créanciers ne durent pas tarder longtemps à découvrir et à imposer aux débiteurs besogneux cette forme perfectionnée du cautionnement ».

ومن هنا يفهم لماذا لم تدع الحاجة فى التشريع الاسلامى إلى خلق صورة جديدة من صور التوثيقات . وكذا كانت الحال فى روما فى العصور الأولى . أنظر جيراردان . المجلة التاريخية ، ص ٢٣٩ — ٢٤٠ : « A l'époque très reculée où le cautionnement ne se donnait que sous forme *d'adpromissio*, de *stipulatio* et où les cautions n'avaient pas reçu les droits et les faveurs dont elles furent plus tard gratifiées, il n'y avait pas de différence bien considérable entre le cautionnement et la solidarité... Mais à mesure *que la nature accessoire de l'obligation* de la caution s'est plus nettement accusée et que *la condition des cautions s'est adoucie*, la supériorité de la solidarité sur le cautionnement s'est accentuée ».

على أن التزام المدين المتضامن فى التشريع الاسلامى له صفة تبعية، بالنسبة لبعضه .

مذهب من يرى أن براءة الأصيل نتيجة حتمية لتعهد الكفيل(٣٣٣). وكذلك يمكن التخلص من براءة المحيل فى حوالة الدين باشتراط الكفالة المتبادلة بين المحيل والمحال عليه(٣٣٤).

وبهذا القدر يعتبر مخففاً لوطأة التزام الكفيل. ولذلك يكون التضامن فى القانون الحديث أوثق من التضامن الاسلامى. وانظر چيراردان، ص ٢٣٩ : « Le capitaliste se défie et exige une garantie... *au lieu de faire engager tous ses emprunteurs comme cautions les uns des autres pour ce qui excède leur intérêt dans l'affaire*, il leur impose la nécessité de s'obliger en qualité de débiteurs principaux, comme si chacun d'eux avait reçu la totalité de la somme et avait seul intérêt à l'opération. Ils sont des débiteurs solidaires : l'obligation de chacun est à peu près aussi étendue et complète que s'il avait contracté seul ».

على أنه يلاحظ أخيراً أن اتجاه التشريع الحديث فى تطوره الأخير يرمى الى تخفيف وطأة رابطة التضامن. هذا هو المشاهد فى ألمانيا وفى سويسرا. انظر جوسران، ج ٢، ص ٤١٤، نبذة ٧٦١ : « Il semble que, d'une façon générale, il tende en législation, à se relâcher ».

(٣٣٣) محمد، المخارج، ص ٣٢ : « قال أبو حنيفة، إذا كان لرجل على رجل دين فضمنه له رجل أو كفل له به فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال وقال بعض الفقهاء الكفالة والضمان بمنزلة الحوالة ليس للطالب على صاحب الأصل سبيل بعد رضى الطالب بضمان الضمين وكفالة الكفيل إلا أن يكون الطالب اشترط فى أصل الكفالة والضمان أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان اشترط ذلك فهو جائز فى قول كل واحد ». والخصاف، ص ١١٣.

(٣٣٤) محمد، المخارج، ص ٧٧ : « قلت أرأيت الرجل يكون له المال على رجل فأراد المطلوب أن يحيل الطالب على رجل وقال الطالب أنا أخاف أن يتوى

ومن ناحية أخرى توجد حيلة تمكّن من استعمال حق الرجوع رغم انتفاء الأمر بالكفالة. والحيلة هى أن يوهب الدين للكفيل هبة صورية قبل أن يدفع، ويحصل الكفيل فى نفس الوقت على وكالة بالقبض. فانه يستطيع بعد ذلك الرجوع على المدين بصفته وكيلا عن الدائن (٣٣٥).

المبحث الرابع — التطبيقات

٣٨٤ — وردت حالات تضامن سالب فى مجموعات الفتاوى. والتضامن هو أيضاً فيها عبارة عن كفالة متبادلة (٣٣٦). إلا أنه يظهر معبراً عنه بلفظ واحد بدلا من العبارة القديمة (٣٣٧).

ان أحلتنى به على هذا الرجل وأنت عندى أوثق منه كيف الحيلة فى ذلك قال ... يضمن غريم المطلوب ما على المطلوب للطالب ويجعل كل واحد منهما ضامنا لجميع المال يأخذ أيهما شاء بذلك ».

(٣٣٥) الحصكفى، ج ٤، ص ٣٧٧ : « وحيلة رجوعه بلا أمر أن يهبه الطالب الدين ويوكله بقبضه. ولوالجية ».

(٣٣٦) فانا نجد المفتين يميزون دائما بين الحصة الواجبة على المدين المتضامن بصفته كفيلا، والحصة الواجبة عليه بصفته أصيلا. أنظر الحانوتى، وهو مفت مصرى توفى سنة ١٠١٠ هـ، الفتاوى الحانوتية : خط ٢٩٤ بدار الكتب، ص ١/٣١ : « ما يحل عليه بالاصالة وهو النصف ».

(٣٣٧) الحانوتى، ص ١/٣١ : « وهما متضامنان ». وص ١/٣٧٢ : « استأجرا مكانا بأجرة معلومة وتضامنا وتكافلا بالأجرة ». وأسعد المدنى، الفتاوى الأسعدية (١١١٦هـ)، ج ٢، ص ٧١ : « سؤال فى رجلين اشتركا فى مال استداناه من آخر متضامنين متكافلين ». وج ٢، ص ٧٤ : « فى رجل وامرأة كتبا على أنفسهما وصل دين لرجل واعترفا بأنهما متضامنان متكافلان ». وص ٢٤٠ : « فى رجل ادان

وقد لاحظت احدى هذه الفتاوى أنه لا يكفي لافتراض التضامن أن يكون المدينون المتعددون قد تعهدوا معاً (٣٣٨).

أما آثار التضامن في الفتاوى فهي كما قد سبق ايضاحها، سواء منها مايخص علاقات الدائن بالمدينين أو ما يخص علاقات المدينين فيما بينهم. فكل واحد من المدينين المتضامنين ملزم بجميع المبلغ (٣٣٩). ولا يرجع الدافع إلا إذا

امرأتين دينا وكلتاهما متضامنتان فيما ادانهما ».

ولكن في الطرابلسي (حوالى سنة ١٣٢٠ هـ)، الفتاوى الكاملية، ص ١٠٢ : « سئلت عن رجلين اشتريا سلعة على أن كلا منهما كفيل عن صاحبه ».

(٣٣٨) جاء في عبد الله أسعد . عدة أرباب الفتوى، ص ٢٦٦، مايأتي : « سئل في رجلين استقرضا مالا من شخص قدراً معلوما وكتبا له صكا وكتبا في الصك اقرار الرجلين بأن عليهما وفي ذمتهما للشخص قدرا معلوماً وأشهدا عليهما بذلك فهل إذا طلب الشخص ماله من أحدهما يسوغ له أخذه شرعا بهذه الالفاظ المذكورة أم كيف الحكم . اجاب اقرار الرجلين باللفظ المذكور والقدر المعلوم من ألفاظ الكفالة، كما في الدر المختار . ولكن هذا خطأ كما لاحظه بعضهم : « قوله كما في الدر المختار ، الذى فيه وتنعقد بضمنته أو عليّ أو إليّ انتهى يعني أن عليّ من الفاظ الكفالة فلو قال ما على هذا الرجل فهو عليّ كان كفيلا بالمال افاده في رد المحتار ؛ فاقرار الرجلين كما في السؤال لا تثبت به الكفالة فلا يطالب كل منهما الا بنصف المال نعم لو قال كل منهما ما على صاحبي فهو علي يكونان كفيلين ويطالب رب المال كل واحد منهما بجميع ماله فافهم انتهى مصححه ».

(٣٣٩) الحانوتي، ص ١/٣٧٢ : « ان اختـــار رب الدين تضمين أحد المستأجرين فله تضمين كل منهما بجميع المال ». وأسعد المدني، ج ٢، ص ٧١ : « إذا قامت البينة على التضامن والتكافل . . . فلرّب المال أن يطالب كلا منهما بجميع المال فاذا أعطى أحدهما النصف لا يبرأ ».

وقد يحبسون جميعهم معاً في الدين التضامني، إذا لم يدفع . أنظر عبد الله أسعد،

تجاوز المدفوع قدر نصيبه فى الدين(٣٤٠). ولا يسقط الأجل عن باقى المدينين لوفاة أحدهم(٣٤١). وهناك أيضاً مسألة عرضت فى تأثير استبدال دين الأصيل

عدة ، ص ٢٦٦ : « سئل فى رجلين متضامنين متكافلين فى دين لرجل فهل لرب الدين حبسهما معاً فى دينه أم ليس له الا حبس أحدهما أجاب لرب الدين حبسهما حيث امتنعا من اعطاء دينه ...» . كما قد يحبس الكفيل والاصيل معاً فى نفس الدين . انظر الطرابلسى ، ص ١٠٥ : « سئلت هل للمكفول له وهو رب الدين حبس الاصيل والكفيل معاً فالجواب نعم فقد نقل المحقق ابن عابدين . عن الخير الرملى ، ما نصه المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وان كثروا » .

(٣٤٠) الحانوتى . ص ١/٣٧٢ — ٢/٣٧٢ : « يرجع بما زاد على النصف على شريكه لوجود الاذن » . وأسعد المدنى ، ج ٢ ، ص ٧١ : « من أعطى أكثر مما عليه فله حينئذ أن يطالب الآخر بما زاد على حصته » .

(٣٤١) على أن هذا الحكم لا يظهر بوضوح فيما عرض من المسائل . ففى مسألة افتى بأن الحى يسأل عن كل الدين ، فهل يفيد هذا أن المتوفى قد برىء؟ انظر عبد الله أسعد : عدة ، ص ٢٦٦ : « سئل فى رجلين تداينا دينا من رجل وكتبا على أنفسهما تمسكا وأشهدا على أنفسهما متضامنين متكافلين ضمان غرم واداء فمات أحدهما فهل يضمن المال الآخر ويكون هو المطالب به أم لا يلزمه شىء ويكون الدين بذمة المتوفى . أجاب : يضمن المال الآخر ويكون هو المطالب به » . ولا شك فى ان الكفيل لا يبرأ لوفاته . أنظر العباسى المهدى ، الفتاوى المهدية ، ج ٣ ، ص ١٩٨ : « لا تبطل الكفالة بموت الكفيل ، فلرب الدين أخذ دينه من التركة ان كانت له تركة ذى القعدة ٢٦ سنة ١٢٦٤ » .

وفى مسألة أخرى ، يخطىء الحانوتى اذ يقول أن التزام المدين المتوفى لا يحل إلا فى جزء منه ، وهو الجزء المستحق عليه بصفته أصيلا . فقد رأينا أن وفاة الكفيل تستتبع سقوط الأجل عن الكفيل ولو أن دين الأصيل باق إلى أجله . أنظر محمداً ،

فى التزام الكفيل (٣٤٢) .

وكذلك ثبتت الآثار الاخرى المبنية على نظرية الكفالة . فلم يمنح الكفيل حق التجريد (٣٤٣) ، ولم يقبل مبدأ براءة الأصيل (٣٤٤) ، ولم يستطع

ص ٢/٣٤٤ : « ان مات الكفيل فهى عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذى عليه الأصل حتى يحل الاجل » . وانظر الحانوتى ، ص ١/٣١ : «سئل عن رجلين أشتركا فى صنف من البهار بقدر معلوم ونقد بعض الثمن وجعلا الباقى إلى أجل معلوم وهما متضامنين [كذا] ثم مات أحدهما قبل انقضاء الأجل فهل يحل على الميت من الدين المؤجل . . . أجاب يحل ما عليه بالاصالة وهو النصف فيؤخذ من تركته حالا كما صححه فى البحر فى قوله وعكسه عن التتارخانية ، أما إذا أراد مطالبة الكفيل دون ورثة الأصيل ينتظر حتى يحل الأجل ، كما فى الحدادى ، فى نسخة الكنز » .

(٣٤٢) من المقرر صراحة أن انقضاء الالتزام الأصلى يستتبع انقضاء التزام الكفيل . فاذا ما وجد تعهد جديد من الأصيل لا يعود الكفيل ملتزماً . أنظر ابن عابدين ، العقود ، ج ١ ، ص ٢٨٨ : « عقد الضمان انفسخ بمضى العقد الأول ولا يكون الرجل المذكور ضامنا للمبلغ الحاصل بالعقد الجديد » . ولكن مثار الجدل هو لمعرفة ما اذا كان استبدال صك بغيره يعتبر تجديداً للدين أم لا . وانظر بعد ، مسألة أخرى : « الجواب حيث فسخا عقد المداينة الأولى لا يكون كفيلا بما عقداه ثانيا بدون كفالة ونقلها . . . عن الذخيرة » . وكذلك فى حوالة الدين : « سئل فيما اذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم من الدراهم وكفله بذلك بكر فاحال عمرو زيداً بالمبلغ المذكور على خالد حوالة شرعية مقبولة من الجميع فهل يبرأ الكفيل الجواب نعم قال فى البحر وفى قوله برىء المحيل اشارة إلى براءة كفيله فاذا أحال الأصيل الطالب برئا . كذا فى المحيط » .

(٣٤٣) المهدى ، ج ٣ ، ص ٢١٩ : « ان صحت الكفالة يكون لرب الدين مطالبة الكفيل بدينه لا فرق بين عجز الأصيل عن الاداء وقدرته حيث لا مانع » .

(٣٤٤) الحانوتى ، ص ٢/٣٧٣ : « لا يبرأ الأصيل بل يكون رب الدين

الكفيل أبداً الاحتجاج بعدم مشروعية سبب التزام الأصيل (٣٤٥) .

٣٨٥ — وقد حوت كتب الشروط صيغة التضامن المبنى على الكفالة المتبادلة (٣٤٦). وفى صيغة عقد الكفالة، فى كتب الشروط، تفصل دائما آثار

مخيراً بين أن يطالب الأصيل أو الكفيل» وابن عابدين. العقود، جـ ١، ص ٢٨٩: «مفهوم الكفالة . . . يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة منها». والبراءة الصادرة لصالح الكفيل لا يبرأ بها الاصيل. ابن عابدين، العقود، جـ ١، ص ٢٩٠: «وبراءته لا توجب براءة الاصيل».

(٣٤٥) الطرابلسى، ص ١٠١ — ١٠٢ : «سئلت فى الكفيل اذا أدى المال وأراد الرجوع والطالب غائب فقال المكفول عنه كان هذا المال من ربا أو من قمار أو كان ثمن دم أو ميتـــة وأراد اقامة البينة بذلك على الكفيل هل تقبل بينته ويقضى له فالجواب لا تقبل بينته ويؤمر باداء المال إلى الكفيل ويقال له اطلب خصمك وخاصمه. أنظر الخانية».

(٣٤٦) وفى ابن أفلاطون: الصكوك الشرعية، ص ٢٢/٢ — ١/٢٣، وردت الصيغة كاملة: «صورة تكتب فى المتكافلين: هذه حجة صحيحة شرعية يعرب مضمونها عن ذكر ما تكفل فلان بن فلان وفلان بن فلان كل واحد منهما عن صاحبه بالدين الثابت عليهما لحامل هذا الكتاب فلان بن فلان وهو مبلغ كذا درهما كفالة صحيحة شرعية على أن للدائن المذكور أن يطالب من ظفر به منهما فى استيفاء تمام ذلك المبلغ المذكور عنه نصفه اصالة ونصفه كفالة. حرر ذلك وصدر فى أواسط من شهر ذى الحجة . . .»

وقارن ما كان عليه الحال فى روما. أنظر چيرار، ص ٧٤٢، حاشـــية ١ :

« On semble s'être servi dans la pratique récente d'une clause dont M. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* pp. 183 — 184, a relevé la présence dans des titres de langue latine et de langue grecque, à laquelle Papinien, *D., h. t., 11, pr.*, fait déjà allusion, et où plusieurs débiteurs corréaux se portaient cautions les uns des autres en disant.: « *spondemus alterutrum invicem nos obligantes atque fidedicentes* ».

هذا العقد من حيث حق الدائن فى مطالبة كل واحد من الملتزمين بجميع الدين سواء على التعاقب أو فى وقت واحد(٣٤٧). وفيها يذكر أيضاً الملتزمون أن كل واحد منهم وكيل عن الآخر فى الدعاوى التى توقع ضد أحدهم (٣٤٨).

٣٨٦ — وهناك حكم (٣٤٩) صادر من «الديوان العالى بمصر المحروسة» تاريخه ٦ شعبان سنة ١١٧٧ هجرية قضى بحق الدائن فى توجيه مطالبته كما

ولكن هذا ليس معناه أن آثار التضامن هى فى روما آثار الكفالة المتبادلة. انظر سافيني، ج ١ ، ص ٢٩٥ ، الفقرة ٢٥.

(٣٤٧) الطحاوى ، اذكار ، ص ١٦ : «على أن لفلان بن فلان يعنى الطالب أن يأخذ فلان بن فلان يعنى المطلوب وفلان بن فلان يعنى الضامن وكل واحد منهما بهذه الكذا كذا الدينار المسماة فى هذا الكتاب عند وجوب أخذه بها ان شاء أخذهما جميعا وان شاء أخذهما به شتى كيف شاء وكلما شاء ولا يبرئهما ولا واحداً منهما أخذه بذلك كله أو بشىء منه أحدهما دون صاحبه المسمى معه فى هذا الكتاب حتى يستوفى جميع هذه الكذا كذا الدينـــار المسماة فى هذا الكتاب». وتوجد هذه الصيغة كذلك فى محمد، المبسوط ، ص ١/٣٦٦.

(٣٤٨) الطحاوى ، أذكار ، ص ١٦ : «وكل واحد من فلان بن فلان ومن فلان بن فلان يعنى المطلوب والضمين .. وكيل لصاحبه ... فيما يدعى فلان ابن فلان يعنى الطالب قبل صاحبه المسمى معه فى هذا الكتاب فى ذلك من حق قليل أو كثير».

(٣٤٩) أنظر محفوظات محكمة مصر الشرعية ، سجل الديوان العالى رقم ٢ ، ص ٧ ، تحت عدد ١٠ : «بالديوان العالى بمصر المحروسة لدى سيدنا ومولانا شيخ الاسلام بحضرة كل من سيدنا ومولانا الوزير المعظم والمشير المفخم الدستور المكرم الوزير كتخدا محمد باشا .... محافظ مصر المحروسة حالا بين يدى سيدنا ومولانا شيخ الاسلام ادعى ....».

نشاء ، سواء ضد المدين أو ضد الكفيل(٣٥٠) .

ويقرر هذا الحكم أيضاً أن الرجوع لا يجوز إلا إذا كانت الكفالة باذن المدين(٣٥١) .

المبحث الخامس — النصوص

٣٨٧ — وردت مسائل التضامن الاتفاقى — فيما بين المدينين أو فيما بين الكفلاء — بمجموعات (محمد) فى كتاب الكفالة . أما فى « المبسوط » فقد جاءت فى باب افرد لتعدد الكفلاء . وأما فى « الجامع الصغير » فقد أفرد لها فصل جمعت فيه مسائل التضامن .

ومن ذلك التاريخ لم يتغير موضع النصوص فى مختلف المؤلفات . فقد أوردها (أبو بكر السرخسى) — وهو دائماً يتبع خطى « المبسوط » — فى باب عنوانه « كفالة الرهط بعضهم عن بعض » . وأوردها (رضى الدين السرخسى) فى باب عنوانه « كفالة الرجلين » .

وهذا العنوان الأخير هو العنوان الذى اعتمده جميع الشراح والمحشين سواء منهم شراح « الهداية » أو شراح « الكنز » أو شراح « التنوير » . وهذه المؤلفات قد اتبعت فى الغالب « الجامع الصغير » . ويلاحظ أن (قاضى خان) قد عدل ترتيب المسائل ، فانه يبدأ بمسألة المدينين ثم ينتقل إلى مسألة الكفلاء . وقد تبعه بعضهم فى ذلك .

أما « فقه » نظرية التضامن فنجده أولا عند (السرخسى) . وقد وضع

---

(٣٥٠) وفيه : « ان رب الدين مخير ان شاء طلب دينه من الأصيل وان شاء طلبه من الكفيل » .

(٣٥١) وفيه : « واللازم على الحاج على الخياط المرقوم دفع المبلغ المرقوم للحاج على حسن الضامن المرقوم لكونه اذنه فى الضمان » .

(الكاسانى) التفرقة بين حالة تعدد الكفلاء بعقود متفرقة وحالة تعدد الكفلاء بعقد واحد . وهذه التفرقة أساسية فى الموضوع ، ولكنها لا توجد فى مجموعات (محمد) . وقد سلم بها الفقهاء من بعد (الكاسانى) . وقد رأينا ان (لابن الهمام) نظرات فذة فى موضوع حق الرجوع .

وأما مسائل التضامن الحكمى فقد وردت بالطبيعة فى كتاب الشركة من مجموعات (محمد) ، ومن المؤلفات التى تلتها .

هذا ولم يذكر المؤلفون إلا فى النادر حالات التضامن المركب(٣٥٢) .

---

(٣٥٢) **المؤلفات الغربية** — لم يهتم المؤلفون الغربيون بموضوع التضامن فى مؤلفاتهم عن الفقه الاسلامى . وقد أخطأ فان دن برج حين اعتبر الدية المستحقة على عدة أشخاص ديناً تضامنياً . انظر Principes ، ص ٧٢ . فقد رأينا أن الالتزام منقسم فى هذه الحالة . انظر فيما سبق الحاشية ٢٢٠ .

وقد أورد شارلو (ص ٥٢) ، وماكنافتن (ص ٢٣٢) أحوال التضامن الحكمى فيما بين الشركاء . وقد ذكر هذا الأخير أن الالتزام فى الأصل منقسم ما لم :
« unless there was an express stipulation that each should be liable for the whole amount » .

وهذا هو كل ما جاء فى ذلك .

أما ترجمة النصوص المتعلقة بالتضامن ، فقد أتى بها سوفير فى ترجمته لكتاب ملتقى الابحر ، للحلبى (٩٩٦هـ) ، وشرحه مجمع الأنهر . انظر ص ١٠٧—١٠٩ من كتاب سوفير هذا .

ملحق ١

الاصطلاحات اللفظية

قد استعمل محمد للتعبير عن التضامن الجمل الآتية: « يأخذ أيهم شاء »، « وأينما شئت أخذت بها». وفى غالب الأحيان يذكر أن المدينين « بعضهم كفلاء عن بعض». وقد يستعمل حرف الجر « على » بدلا من حرف الجر « عن » . وقد جاء فى المبسوط صراحة « ان حرف على فى هذه المسائل بمعنى عن » . وقد يستعمل أيضاً العبارات الآتية : « كل واحد منا كفيل ضامن » ، « بعضهم كفيل عن بعض ضامنون » .

وفى ابن الهمام (٨٦١ هـ) نعثر على لفظ « المتكافل» . أنظر ج ٦ ، ص ٣٢٩ : « الكفيلين المتكافلين » . ثم نعثر عليه من جديد فى مجموعات الفتاوى، مقروناً فى بعض الأحيان بلفظ « متضامن » .

ملحق ٢

ملاحظات على التقنينات

(١) المجـــلة

تقرر المجلة مبدأ انقسام الدين فيما بين المشترين بالمادة ١١١٣ . وقد ذكرت الفقرة الأخيرة لهذه المادة — وهذه المادة ملحقة بالباب الخاص بالديون المشتركة — ان هذا هو الحكم « مالم يكن أحد المشتريين كفيلا للآخر » . وجاء نص مماثل لهذا فى كتاب الاجارة ، بالمادة ٤٣٢ ، وهو خاص بدين المستأجرين. على أن المادة ٦٤٦، فى باب الكفالة ، جاءت بصيغة عامة حيث تقول: « عليهما دين من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين» . وقد أوردت المادة التى تليها (٦٤٧) مسألة تعدد الكفلاء المتكافلين بعقد واحد . وأخيراً نجد أحوال التضامن الحكمى

بالمادة ١٣٥٦، فى كتاب الشركة. والمادة ١٣٣٥ تقرر بجلاء ان التضامن قد يشترط صراحة فى شركة العنان عند انعقاد الشركة.

ويلاحظ ان المجلة لم تتعرض لآثار التضامن فيما بين المدينين.

(٢) مرشد الحيران

أفرد المرشد للكلام عن التضامن فصلا مستقلا جاء بعد الكلام عن الديون المشتركة التى افتتح بها المرشد نظرية الالتزامات.

وهذا الفصل يحوى خمس مواد (١٩٠ — ١٩٤) ، ولكن أربعا من هـــذه المواد الخمس (المواد ١٩١ — ١٩٤) تتعلق بموضوع الكفالة البسيطة وكفالة عدة كفلاء. ولما كانت نظرية التضامن تفترض الدين مشتركا أى ناشئا عن سبب واحد فلا محل لهذه المواد فى هذا الفصل.

أما المادة ١٩٠ فقد جمعت فى نص واحد القواعد التى تحكم موضوع التضامن سواء فى علاقات الدائن بالمدينين أم فى علاقات المدينين فيما بينهم. وهذا هو النص : « إذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلا بجميعه عن أصحابه فللغريم أن يطالب به من شاء منهم ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين فان دفع احد منهم الدين بتمامه برىء الآخرون وللدافع الرجوع على اصحابه بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه ان كانت الكفالة بأمرهم واذا كان أحد منهم معسرا فلا يلزم الآخرين شىء من حصته. »

وقد وقع المرشد هنا فى الخطأ مرتين. فهو قد فاته : (١) أن كل واحد من المدينين ليس كفيلا بكل الدين بل بنصيب صاحبه فقط. وفى الباقى هو أصيل. (٢) ان نصيب المدين المعسر أو الغائب يتحمله الباقون خلافاً لما تقول الفقرة الأخيرة للمادة.

وقد وقع أيضاً مترجم المرشد فى الغلط اذ ذكر ان اتفاق المدينين « accord des débiteurs » شرط ليستطيع الدائن مطالبة المدينين على التعاقب. فهذا الشرط مطلوب لاستعمال حق الرجوع، والتصحيح يكون بوضع هذه العبارة قبل الفقرة الأخيرة للمادة.

(٣) قانون الالتزامات التونسى والمراكشى
المواد ١٧٤/١٦٤ — ١٩٠/١٨٠ .

للتشريع الاسلامى أثر فى هذا القانون تنم عنه المادة ١٧٥/١٦٥ التى تشير إلى حالة التضامن بين الشركاء ، والمادة ١٨٩/١٧٩ الفقرة الثالثة التى تنص على أن نصيب المعسرين والغائبين يتحمله باقى المدينين .

تقنين آخر

المادة الأولى — للدائن أن يطالب كل واحد من المدينين له بسبب واحد بجميع الدين إذا كفل بعضهم بعضاً .

المادة الثانية — الكفالة المتبادلة مفترضة حتما إذا كان المدينون شركاء فى شركة مفاوضة ما لم يكن لسبب الدين صبغة غير مالية .

المادة الثالثة — للدائن أن يطالب أى واحد من المدينين كما يشاء وله كذلك أن يطالبهم جميعاً معاً . والاجراءات التى يتخذها ضد أحدهم لا تفقده حقه فى اتخاذ اجراءات أخرى ضد الباقين .

المادة الرابعة — الوفاء الحاصل من أحد المدينين يبرىء الباقين جميعاً . وكذلك يبرأ الباقون جميعا اذا انقضى الدين بالوفاء بمقابل أو بالحوالة أو باتحاد الذمة أو بالهبة .

المادة الخامسة — ابراء أحد المدينين من الدين لا يبرىء الباقين إلا بقدر حصة المبرأ . وللدائن أن يسقط التضامن عن أحد المدينين دون أن يمس ذلك حقوقه ضد الآخرين .

المادة السادسة — للمدين إذا أوفى أن يرجع على المدينين الآخرين بحصصهم فى المبلغ الزائد على نصيبه هو فى الدين . ولكن لا يصح هذا

الرجوع إلا إذا كانت الكفالة باذن من يرجع عليه .

المادة السابعة — تتوزع انصباء المدينين الغائبين على الحاضرين ولهؤلاء الاخيرين الرجوع على من قضوا عنهم ديونهم .

المادة الثامنة — يثبت حق الرجوع فيما بين المدينين ولو كان الدين قد انقضى بما يقوم مقام الوفاء من طرق الانقضاء ، كالوفاء بمقابل واتحاد الذمة والهبة .

ويكون موضوعه فى جميع الأحوال ما كان يجب على المدين أداؤه بصرف النظر عما أداه بالفعل .

الفهــارس

فهرس هجائى للنصوص

الرقم الاول يشير الى الجزء والثانى الى الصفحة والثالث الى السطر من المرجع . وبين الاقواس ارقام تشير الى حواشى هذا الكتاب حيث ترد النصوص . هذا ما لم يصرح بما يخالفه .

١١	١٦٥	٩	(٣)
١١	١٧٤		(١٦٧)
١١	١٧٧		(٢٤٠)
١١	١٧٩		(٢٤٣)
١١	١٨٩		(٢٤٥)
١١	١٩٠		(٢٤٥)
١٢	٧٦	١٧	(٥)
١٢	٦٨	٩ — ١٠	(٤)
١٧	١٩٤		(٢١٠)
١٩	١٦١		(٢٥٨)
٢٠	٢٨		(٢٥٥ —
			٢٥٨)
٢٠	٢٩٠		(٢٩٢)
٢٠	٣٤		(٢٥٤ —
			٢٥٩ —
			٣١٤ —
			٣١٩ —
			٣٣١)
٢٠	٣٤ — ٣٥		(٣٣٤)
٢٠	٣٥		(٣٠٩ —
			٣١٦)
٢٠	٣٨		(٣٣١ —
			٣٣٤ —
			٢٩٠)
٢٠	٣٩		(٢٩٩)
٢٠	٣٩ — ٤٠		(٣٢٥)
٢٠	٤٠		(٣٠٠)
٢٠	٤١		(٣٣٨)
٢٠	٨٥		(٣٢٨ —
			٣٢٩)
٢٠	٨٥ — ٨٦		(٣٢٩)
٢١	٣٧		(٦٢ —
			٦٤ —

			١٠٨)
٢١	٣٨		(٥٣ —
			٥٨ — ٦٦
			— ١٠٩
			١٤٠)
٢١	٣٩		(٦٨ —
			١٢٥ —
			١٤٧)
٢١	٤٠		(٧٧ —
			٨٤ — ٩٠
			— ٩٢ —
			٩٣ — ٩٥
			ص ٢٩٤ —
			ص ٢٩٥)
٢١	٤١	١٠ وما بعده	(٢٥)
٢١	٤١	١٣ إلى ١٤	(٢٦)
٢١	٤١	١٤ وما بعده	(٣٢)
٢١	٤١	١٦ — ١٧	(٣٤)
٢١	٤١	١٩	(٢٢)
٢١	٤١		(٨٠ —
			٨٦ — ٨٧
			ص ٢٩٣)
٢١	٤٢		(٧٧ —
			٨٢ـ٨٩)
٢١	٤٣		(٨١ —
			٨٩)
٢١	١٦٤	٢١ — ٢٣	(٣٣)
٢١	١٦٥	٢	(٧)
٣٠	١٦٧		(١٥٥)
٣٠	١٧٤		(٢٠٥ —
			٢١٣ —
			٢٢٨)
٣٠	١٧٤ — ١٧٥		(١٥٦)

٦	١٤	٣١	(٢٩٨)
٦	١٤	٣٤	(٢٢٦)
٦	١٥	١	(٢٢٦)
٦	١٥	٢—٣	(٢٩٤)
٦	١٥	٤—٥	(٢٢٩)
٦	١٥		(٢٥٣)
٦	٢١		(٢٤٨)
٦	٢٨	٦	(١٩٣)
٦	٣٣		(١٩٣)
٦	٣٣	١١—١٢	(١٩٥)
٦	٥٦	١٦—١٧	(٢)
٦	٥٩	١٣	(١٨٨)
٦	٦١	٢	(١٨٩)
٦	٦١	١٦	(١٨٩)
٦	٦٥		(٤١ —
			٩٦ـ١٢٧
			— ١٣٨
			— ١٤٠)
٦	٦٥	٢٤	(٣٠)
٦	٦٥	٢٤—٢٥	(٤٦)
٦	٦٥	٢٥	(٢٣)
٦	٦٥	٢٦	(٢٢)
٦	٦٦		(٥٣—٥٥
			— ٦٢ —
			٦٤ — ٧٨
			— ٧٩ —
			٨٨ـ١٠١
			— ١٠٣
			— ١٠٤
			— ١١٢
			— ١١٣
			— ١١٤
			— ١١٦
			— ١١٩
			— ١٢٤
			— ١٢٧
			— ١٣٥
			— ١٦٥)
٦	٦٦	٣٢	(٥٢)
٦	٦٧		(٦١ —
			٧٧ — ٨١ —
			٨٢ — ٨٤
			— ٨٩ —
			٩٠ — ٩٥
			— ١٠٨
			— ١٣٩
			— ١٤٢
			— ١٦١
			— ص٢٩٣
			ـص٢٩٥)
٦	٦٧—٦٨		(٩٥)
٦	٦٨		(٩٤ —
			ص ٢٩٥)
٦	٦٨	١٩—٢٠	(١٩٣)
٦	٧٠	٦	(ص ٢٩٣)
٦	٧٠	١٣—١٥	(٧٣ـ٧٤)
٦	٧٠	١٦	(٧٤)
٦	٧٠	٢٣	(١٨٧)
٦	٧٠	٢٦ومابعده	(١٩٨)
٦	٧٠	٢٩ومابعده	(١٩٨)
٦	٧٠	٣٤	(١٩٨)
٦	٧٢	٢٤—٢٥	(١٨٧)
٦	٧٢	٣٠	(٢٤٣)
٦	٧٢	٣٣	(٢٤٣)
٦	٧٢	٣٤	(٢٤١)
٦	٧٣		(٢٤٥)
٦	٧٣	٤ وما بعده	(١٦٧)
٦	٧٣	٩ — ١٠	(٢٤٥)
٦	٧٣	١٠—١١	(٢٤٥)

٦	٧٣	١٨ومابعده	(٢٤٥)
٦	٧٣	١٨ومابعده	(١٦٨)
٦	٧٣	٢٠	(١٧١)
٦	٧٣	٢١	(فقرة ٧٧)
٦	٧٣	٢٧	(١٦٧)
٦	٧٤	١١ — ١٢	(١٨٥)
٦	٧٤	١٢	(١٧٩ — ٢٤٠)
٦	٧٤	١٢ — ١٣	(١٧٤)
٦	٧٤	١٣	(١٨٦ — ١٧٣)
٦	٧٤	١٦	(٢٤٤)
٦	٧٤	١٩	(٢٤٤)
٦	٧٥	٨ ومابعده	(١٧٨)
٦	٧٥	١٣	(١٧٠)
٦	٧٥	١٣ومابعده	(١٩٦)
٦	٧٦		(٢٤٦)
٦	٧٦	١ ومابعده	(١٧٧)
٦	٧٦	٣	(١٧٩)
٦	٧٦	٣ — ٤	(١٧٦)
٦	٧٦	٤	(٢٠٠)
٦	٧٦	٤ — ٥	(١٨٠)
٦	٧٦	٥	(٢٤٧)
٦	٧٦	١١	(١٩٩)
٦	٧٦	١٤	(١٨١)
٦	٧٦	٢١	(١٨١)
٦	٧٦	٢٢	(٢٠٠)
٦	٧٦	٢٣	(١٧٩)
٦	٨١	١١	(٢)
٦	١٢١	٢٨ — ٣٤	(٥)
٦	١٢٢	١ — ٤	(٥)
٦	١٢٢	١ — ٢٣	(٥)
٦	١٢٢	٧ — ٨	(٥)
٦	١٢٢	١٧	(٥)
٦	١٢٢	١٨ — ١٩	(٥)
٦	١٣٤	٢ ومابعده	(٢٠٣)
٦	١٣٨	٣٠ومابعده	(٢٠٨)
٦	١٤٢		(فقرة ٢٥٧)
٦	٢٠٤	١٦ — ١٧	(٢١٨)
٦	٢٠٩	١ — ٢	(٢١٠)
٦	٢٠٩	٢ — ٣	(٢١١)
٦	٢٠٩	٤ — ٦	(٢١٠)
٦	٢٠٩	٩ — ١٠	(٢١١)
٦	٢٠٩	١٠ — ١١	(٢١٢)
٦	٢١٠	١٩ — ٢٠	(١٦)
٦	٢١٠	٢١ — ٢٢	(١٨)
٦	٢١٠	٢٤ — ٢٥	(٥١)
٦	٢١٠	٢٩ — ٣٠	(١٨)
٦	٢١٣	١٢ — ١٣	(١٨)
٦	٢٣٩	١٤	(١٠)
٦	٢٨٧	٢٣ — ٢٥	(٢١٩)
٧	٧٤	١٣ — ١٤	(١٩٢)
٧	١٩٦		(١٢٢ — ١٣٩ — ١٤٠ — ١٦١)
٧	٢٤٢	٢٤ — ٢٥	(٤٧)
٧	٢٥٦	١٨ — ٢٢	(٢٢٠)
٧	٢٥٧	٧ — ٨	(٢٢٠)
٧	٢٦٠		(١٣٧)
٧	٢٦٤		(١٣٧)
٧	٢٦٦		(١٣٧)
٧	٢٧٤	٧	(٢١٩)
٧	٢٨٠	٢٩ — ٣٠	(٢١٩)

الكرابيسى ، الفروق : —

في الوكالة ص ٢٤ منها (٣٢٥)

مرشد الحيران : —

المادة ١٦٨ (ص ٢٩٧)
» ١٦٩ (ص ٢٩٧)
» ١٧٠ (ص ٢٩٩)
» ١٧١ (٣٩ — ص ٢٩٨)
» ١٧٢ (ص ٢٩٩)
» ١٧٣ (ص ٢٩٨)
» ١٧٤ (» ٢٩٨ — ص٢٩٩)
» ١٧٥ (» ٢٩٨)
» ١٧٦ (» ٢٩٨)
» ١٧٧ (» ٢٩٨)
» ١٧٩ (» ٢٩٨)
» ١٨٢ (» ٢٩٩)
» ١٨٦ (» ٢٩٩)
» ١٨٧ (» ٢٩٨)
» ١٨٨ (» ٢٩٩)
» ١٨٩ (» ٢٩٧ — ص٢٩٩)
» ١٩٠ (» ٣٨٠)
» ١٩١ (» ٣٨٠)
» ١٩٢ (» ٣٨٠)
» ١٩٣ (» ٣٨٠)
» ١٩٤ (» ٣٨٠)

ترجمة كحيل : —

المادة ١٧٠ (ص ٢٩٩)
» ١٧٤ (» ٣٠٠)
» ١٧٥ (» ٢٩٩)
» ١٧٦ (» ٣٠٠)
» ١٧٧ (» ٣٠٠)
» ١٧٩ (» ٣٠٠)
» ١٨٢ (» ٣٠٠)
» ١٨٦ (» ٣٠٠)
» ١٩٠ (» ٣٨٠)

المرغيناني ، البداية : —

٦ ٣٤٠ (٢٥٤)
٧ ٤٠١—٤٠٢ (٨٥)
٧ ٤٠٣ (٧٦)

الهداية : —

٥ ٣٨٤ (٢٤٣)
٦ ٢٩٩ (٢٥٦—٢٥٨)
٦ ٣٣٧—٣٣٨ (٢٩٩)
٦ ٣٣٨ (٢٢٩)
٧ ٤٠٢ (٣٠ — ٧٥ —
١٢٠ — ١٣١ —
١٣٩ — ١٤١)
٧ ٤٠٣ (٤٦ — ١٠١ —
١٣١)
٧ ٤٠٤ (٦٢ — ٧٨ —
٩٠ — ٩٥ —
١١٠ — ١١٣ —
١٣١ — ص٢٩٥)
٧ ٤٠٦ (٨١ — ٨٢ —
٨٤ — ٩٣)
٧ ٤٥٨ ٦ (١٧)
٧ ٤٦٠ (٢١٠)

مكنفتين ، *Principles* : —

٢٣١—٢٣٢ رقم ٣ — ٤ (٢٢٥)
٢٣٢ (٣٠٢)

منلا خسرو : —

٢ ٤٠٢ (٨٧ — ١٢٧ — ١٣١)

نجم الدين النسفي ، طلبة : —

١٤١ (٢٣٤)

ابن نجيم ، الأشباه : —

٢ ٢٠٢ ٥ (٤)
٢ ٢١٢ (٢٤٨)

فهرس تحليلى للموضوعات

الصفحة — الفقرة

النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية

الصفحة		الفقرة


